جامعة الجزائر–1–بن يوسف بن خدّة

كليّة: العلوم الإسلاميّة

قسم: الشريعة والقانون

نظريّة التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلاميّة ل.م.د

تخصّص: العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون

إعداد الطالب: عبد المجيد بالطيب

إشراف الأستاذة: غنية كرّي

السنة الجامعية:1438هـ/1439هـ – 2017م/2018م.

جامعة الجزائر-1-بن يوسف بن خدّة

كليّة: العلوم الإسلاميّة

قسم: الشريعة والقانون

نظريّة التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلاميّة

تخصّص: العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون

إعداد الطالب: عبد المجيد بالطيب

إشراف الأستاذة: غنية كيري

اسم الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د/ سليمان ولد خصال	أستاذ	جامعة الجزائر_ 1_	رئيساً
أ.د/ غنيّة كرّي	أستاذة	جامعة الجزائر_ 1_	مقرّراً
د/ عبد الوهّاب مساعيد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر_ 1_	عضواً
د/ جيلالي عشير	أستاذ محاضر "أ"	جامعة خميس مليانة	عضواً
د/ فاطمة بالطيب	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر_ 1_	عضواً
د/ ليلى حدوم	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر_1_	عضواً

السنة الجامعية:1438هـ/1439هـ – 2017م/2018م.

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَوْمَئِذٍ يُوَفِّيهِمُ ٱللَّهُ دِينَهُمُ ٱلْحَقَّ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ ﴿٢٥﴾ ﴾ النور: ٢٥

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾

المائدة: ١

وقال صلى الله عليه وسلّم:

" لا ضَــرر ولا ضِــرار"

أخرجه أحمد والحاكم وغيرهما.

الإهداء

إلى أحبّ من عرفه من الخلق قلبي، واشتاقت لرؤياه عيناي، وأعظم خلق اللّه عزّوجلّ، إلى رسول اللّه خير البشر وأهدى النّاس وخاتم أنبياءِ اللّه، صاحب البرِّ بأمّته والغيرة على شريعة ربه صلّى اللّه عليه وسلّم.

إلى أوّل من أبصرتهما عيناي، وبذلا كلّ الجهد في منحي للحنان وسهرا على تربيتي وتأديبي، إلى من دفعاني برفق ومحبّة إلى مواصلة العلم، وأسرّاني بمودّتهما، إلى والديّ الكريمين الغاليين اللّذان مازَالَت أَلسنَتُهُمَا ضارعةً للّه تعالى بالدعاء لي في الغداة والرواح.

إلى من تربوا بجانبي، إخوتي وأخواتي، إلى أبنائهم وبناتهم، إلى أزواجهم وزوجاتهم، وكل من ينتمي إلى أسرتي.

إلى من رافقني في إتمام هذا البحث من أصحابي، الشيخ مصطفى، عمر، فارس، نور الدين، رمضان، صدام حسين والأستاذ سفيان...

إلى كلِّ من لهج لسانه بدعاء ربِّه أن يوفِّقني في مواصلة سبيلي.

إلى كلّ أحبابي وإخواني...

أهدي هذا البحث.

شكر وتقدير

أتوجّه بالشّكر والثناء إلى اللّه عزّوجلّ، الذي رعاني برحمته ومدّني بعونه وتفضّل عليّ بمنّه وأجزل عليّ بخيره الكثير، ووفّقني إلى إتمام دراستي وإتمام هذه المذكّرة، أشكره شكرا طيبا كثيرا مباركا فيه، وأحمده وأستعينه سبحانه عزوجلّ، وهو القائل تبارك وتعالى: ﴿وَمَن يَشۡكُرۡ فَإِنَّمَا يَشۡكُرُ لِنَفۡسِهِۦ﴾ **لقمان: ١٢**

كما يسرّني أن أتوجّه بالشّكر والتقدير إلى أستاذتي الفاضلة **الدكتورة: غنيّة كيري،** والتي صبرت عليّ حتى خرج هذا البحث على الوجه المطلوب، فجزاها اللّه عنّي خير الجزاء وبارك اللّه فيها وبارك لها في وقتها وعملها.

وكذلك أتقدّم بالشكر للجنة المناقشة وأعضاءها لقبولها مناقشة هذا البحث، وأسأل اللّه أن ينفعني بملاحظاتهم لتحسين هذا البحث.

ولا يفوتني أن أسجّل خالص شكري وتقديري وثنائي إلى جامعتي الغرّاء، الجامعة الإسلاميّة التي نهلنا من معينها الفيّاض الشّيء الكثير.

كما لا يفوتني أن أبعث بخالص شكري إلى جميع الأساتذة والطلبة والعمّال والأعوان الموظّفين في الجامعة الإسلاميّة.

وأخيرا أتوجّه شاكرا ومقدّرا لكلّ من ساهم في إخراج هذه الرسالة.

وصلّى اللّه وسلّم وبارك على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين.

مقدّمة

مقدمة

إنَّ الحَمْدَ لله نَحْمَدُهُ وُنَسْتَعِينُهُ ونَسْتَغْفِرُهُ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مُضل له، ومن يُضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ آل عمران: ١٠٢

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾ ﴾ النساء: ١

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ الأحزاب: ٧٠ - ٧١

ثمّ إنَّ خَيْرَ الحَدِيثِ كلام الله تعالى، وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وشر الأمور محدثاتها، وكل مُحْدَثَةٍ بِدْعَةٌ، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار.

أمّا بعد:

فقد بَيَّنَ صلَّى الله عليه وسلَّم للنَّاس ما أرسل به من أصول الدِّيانات والآداب، وفروع الأحكام، وغير ذلك مِمَّا يحتاجون إليه على تعاقب الأحوال والأعوام، صلَّى الله وسَلّم عليه وعلى جميع الأنبياء والملائكة وآلِ كُلٍّ وأتباعهم الكرام، صَلَوَاتٍ مُتَتابعاتٍ دَائِمَاتٍ بلا انفصام.

ثمّ إنّ الشريعة الإسلاميّةَ قد نظّمت حقوق العباد في سائر الأبواب، ودلّ على ذلك نصوص السنّة والكتاب، واستقرّ عليها عمل الصحابة والتابعين ووافق عليها أولي النُّهى والألباب، واهتمّ فقهاء الشّريعة بهذه الحقوق دراسةً وشرحاً واستنباطاً، فوُضِعت بذلك الأسس

المتينة لهذه الحقوق في الإسلام، حتى أصبحت سراجا منيرا يضيء سائر الأنام، فتمّموا دراستها من غير تفريط ولا نقصان، ومن بين الفروع التي تطرّق إليها الفقهاء والعلماء بالدراسة والتحليل، مسألة الإساءة في استعمال الحقوق، فدرسوها دراسة عامّة لندرة وقوعها وقلّة حصولها في واقع المسلمين، لكن مع تعاقب الأعوام والأزمان أصبحت هذه المسألة من المسائل المهمّة الحديث، خاصة مع فساد ذمم الكثير من النّاس الذين أصبحوا يُسيئون استعمال حقوقهم، فنشأت نظريّة التعسّف في استعمال الحق وازدهرت في كثير من النُظم القانونيّة، وهذه النظريّة ترتكز في أساسها على ضبط استعمال الحق في مضمونها العام، ثمّ اتسعت هذه النظريّة باتساع الحقوق ووفرة المعاملات والتعاقدات بين الناس، حتى صارت تشمل جوانباً متعدّدةً من جوانب الحياة تطبّق عليها، ومنها العقود بمختلف أنواعها.

فالعقد إنّما هو وسيلة مُنحت للأشخاص مثله مثل الحقوق المتعدّدة، وهو ثابت بالشرع والقانون، لذلك نجد أنّ كلًّا من الحق والعقد قد حظيا بنظريّةٍ مستقلّة، سواءٌ في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي، والدّارس لهاتين النظريّتين المتعمّق في أصولهما، والمتمعّن في فروعهما، لابدّ أن يقف على الترابط الذي قد يجمعهما، سيما في حال ترتَّبَت على العقد حقوقاً للطرفين أو لأحدهما، ونتيجةً لذلك فمن الممكن أن يتعسّف صاحب هذا الحق ويسيء استعماله، فيُلحقَ ضرراً بالطّرف المقابل، كما تتجلّى صورة التعسّف في استعمال الحق خاصَّةً في فسخ العقود.

وفي إطار خدمة البحث العلمي، ودراسة الحقوق وما قد يلازمها من تعسّف أو إساءة استعمالٍ، سيما في مجال العقود، اخترت موضوع مذكّرتي بعنوان: "**نظريّة التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود – دراسة مقارنة – بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**".

أوّلا: أسباب اختيار الموضوع

أمّا الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع " **نظريّة التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود**" للبحث والمعالجة هي كما يلي:

1_ اتساع دائرة الحقوق وكذا العقود، ومساسهما بواقع النّاس وحياتهم، فهم يمارسونها ويعيشونها. لذلك كان لابدّ من وضع أسس تضبط الحق، وتنظّم العقد، وتحكم مسألة التعسّف في استعمال الحق في مجال فسخ العقود.

2_ قلّة الدراسات التي تناولت مسألة التعسّف في استعمال الحق من جانب العقد، مع ندرة التطرّق لتطبيقات النظريّة في مجال العقود المدنيّة بصورة عامّة.

3_ ندرة المواد القانونيّة التي تحكم هذه المسألة في القانون المدني الجزائري، واقتصارها على مادّة واحدة، وهي المادّة 124 مكرّر تضمّنت نظريّة التعسّف في استعمال الحق، مع أنّ هذا القانون لم يَنُصْ في أيّ من مواده على حالة اقتران التعسّف بالعقد عامّةً وبفسخ العقد خاصّةً.

ثانيا: أهميّة البحث

تبرز الأهميّة الأساسيّة لهذه الدراسة، في كونها تتطرّق لمعالجة موضوعٍ مهمٍّ يتعلّق بالحقوق، والتي تعتبر أصلا ثابتا لكلّ إنسان، مع ضبط استعمال هذا الحقّ في مجال فسخ العقود، فالعقد إنّما وُجد لتلبية حاجيات الإنسان سيما في مجال معاملاته بينه وبين الآخرين، والحق هو الذي يمكّنه من استئثار أيّ مصلحة سواء مستحقة في أصلها، أو ثابتة بمقتضى العقد، لكن قد يعمل أحد المتعاقدين للاستئثار بمصلحة غير مُسْتَحَقَّةٍ له في الأصل فيقوم بالتصرّف في العقد على شكل يضرّ بالطرف الآخر، خاصّة في حال فسخ العقد، وهذا ما تعالجه هذه الدراسة.

ثالثا: الهدف من الموضوع

هذا الموضوع يسعى لتحقيق مجموعة من الأهداف، منها ما يلي:

1_ إحاطة كل من الحقوق والعقود بالدراسة والبيان في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعيّة بصفة عامّة، والقانون المدني الجزائري بصفةٍ خاصّة.

2_ بيان موقف المقنّن الجزائري فيما يتعلّق بالتعسّف في استعمال الحق في إطار النّصوص القانونيّة والأحكام القضائيّة.

3_ استنباط أراء فقهاء الشريعة الإسلاميّة في مسألة التعسّف في استعمال الحق، والبحث عن تطبيقاتها في مجال العقود عامّة، وفي مجال فسخ العقود خاصّةً.

4_ وضع الأسس لنصوص قانونيّة تحكم مسألة التعسّف في استعمال الحق وكذا تطبيقاتها على فسخ العقود، حسب آراء فقهاء الشريعة تطبيقا لأحكام الله عزوجلّ، والتخلّص من النّقص الذي يطال القانون الوضعي.

5_ إظهار مدى فاعليّة الشريعة الإسلاميّة ومرونتها عند معالجة المسائل الفقهيّة المستجدّة، مع بيان أهميّة العمل بالقواعد الفقهيّة والمقاصد الشرعيّة في ذلك.

6_ إظهار سموّ الشريعة والفقه الإسلامي على النّظم الوضعيّة في التشريع.

7_ إبراز كفاية الشريعة في تحقيق أهدافها السامية من إقامة للحق، ونشرٍ للعدل ومحاربةٍ للفساد.

8_ دحض مختلف الادعاءات التي تتهم الشريعة الإسلاميّة بالجمود، وترميها بالعجز عن مواكبة تطوّر المعاملات الواقعة بين البشر في الواقع المعاصر بأحكامها وقواعدها.

9ــ إبراز قدرة الفقه الإسلامي ومرونة الشريعة في مواكبة المستجدّات، خاصّة في مجال الحقوق والعقود المدنيّة الحديثة من حيث إنشاءها وفسخها.

10 ــ لعلّي أسهم في إثراء المكتبة الإسلاميّة، ووضع لبنةٍ في صرح البناء الإسلامي العظيم.

رابعا: الدراسات السابقة

لقد تعدّدت الدراسات التي تناولت كلاًّ من موضوع التعسّف في استعمال الحق وموضوع العقود، لكنّ الملاحظَ أنّ أغلب هذه الدراسات تكلّمت عن كلّ موضوعٍ منهما على حدًى، سواءٌ فيما يتعلّق بالتعسف في استعمال الحق، أو بالعقود، ولم تُعنى بربط التعسّف في استعمال الحق مع مسألة فسخ العقود المختلفة، ومن بين هذه الدراسات ما يلي:

1ــ مؤلّف للباحث الدكتور "**فتحي الدريني**"، بعنوان:" التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"، بتاريخ 1967م وهي أهمُّ رسالة في هذا الموضوع وأَقْدَمُهَا، قسّم الباحث بحثه إلى بابين، تناول في الباب الأوّل نظريّة التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، أمّا الباب الثاني فتكلّم فيه عن نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ في الفقه والقانون الوضعي.

2ــ رسالة من إعداد الباحث "**به موبرويز**" بعنوان:" المسؤوليّة الناجمة عن الفسخ التعسّفي للعقد"، والمنشورة بسنة 2009م، حيث تناول فيها الباحث المسؤوليّة التي تترتب عن اقتران استعمال المتعاقد حقّه في فسخ العقد بالتعسّف من خلال ثلاثة فصول، تطرّق في الفصل الأوّل إلى منشأ المسؤوليّة، وفي الفصل الثاني تناول مناط الشّرط التعسفي وحالاته المرتبة للمسؤوليّة، أمّا الفصل الثالث، فتطرّق فيه لتكييف المسؤوليّة وأحكامها.

3ــ رسالة ماستر من إعداد الطالبة **"شرقي سعديّة"**، بعنوان:" التعسّف في استعمال حقّ الملكيّة"، نوقشت سنة 2013م بجامعة آكلي محند أولحاج ــ البويرةــ، تناولت فيها مفهوم

التعسّف في استعمال حق الملكيّة في الفصل الأوّل، وفي الفصل الثاني تناولت مختلف الآثار المترتّبة عن التعسّف في استعمال حق الملكيّة.

4_ رسالة ماجستير من إعداد الطالبة **"بلحراوبي سعاد"**، بعنوان: "نظريّة التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، نوقشت بتاريخ 2014م بجامعة مولود معمري _كليّة الحقوق_ تناولت في الفصل الأوّل منها التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وتطرّقت في الفصل الثاني إلى موضوع التعسّف في استعمال الحق في القانون الوضعي.

5_ رسالة ماجستير من إعداد الطالب **"حنتيت عمّار"** بعنوان:" التعسّف في استعمال حق الفسخ في العقود"، نوقشت بتاريخ 2015م بجامعة الجزائر _1_ كليّة الحقوق، تناول الباحث الموضوع في فصلين: أمّا الفصل الأوّل فتطرّق فيه لماهيّة التعسّف في استعمال حقّ الفسخ في العقود، وتحدّث في الفصل الثاني عن أحكام التعسّف في استعمال حقّ الفسخ في العقود.

6_ رسالة ماجستير من إعداد الطالب "**العربي مجيدي**" بعنوان "نظرية التعسّف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة _ دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، نوقشت سنة 2002م، بجامعة الجزائر_1_ ملحقة الخروّبة، قسّم الباحث مذكرته إلى ثلاثة فصول، خصّص أولهما للأسس التي تبنى عليها نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ وحقيقتها، أمّا الفصل الثاني فتحدّث فيه عن أدلّة ومؤيّدات نظريّة التعسّف في التشريع الإسلامي ومعاييرها بين الفقه والقانون، وفي الفصل الثالث تكلّم عن تطبيقات النظريّة في أحكام الأسرة.

وقد وقفت خلال بحثي على عدّة رسائل ومذكّرات، احتوت على مسائل جزئيّة في موضوع التعسّف في استعمال الحق، أو فيما يخصّ موضوع العقد، أمّا عن أطروحتي الموسومة بـ:" **نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ وتطبيقاتها في فسخ العقود – دراسة مقارنة – بين الفقه**

الإسلامي والقانون المدني الجزائري"، فقد تناولت فيها نظريّة التعسّف في استعمال الحق في كلٍّ من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وقمت بتطبيق النظريّة على بعض العقود المدنيّة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري مقارِناً إيّاها بما جاء في الفقه الإسلامي خاصّة فيما يتعلّق بمسألة فسخ العقد.

خامسا: إشكالية البحث

لعلّ أبرز ما قد يثار في مسألة تطبيق نظريّة التعسّف في استعمال الحق على العقود هو:
ما مدى تطبيق نظريّة التعسّف في استعمال الحق على فسخ العقود في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي؟

ومنه نطرح التساؤلات التالية:

ما هو مفهوم الحق؟ وماهي أقسامه؟

ما هو مفهوم التعسّف وما طبيعته وما هي نتائجه؟

ما هي أسس نظريّة التعسّف في استعمال الحق وما هي تطبيقاتها؟ هل لهذه النظرية دلائل ومؤيّدات شرعيّة؟ كيف تضبط هذه النظريّة تصرّفات الإنسان؟ وما هي المعايير المعتمدة في ذلك؟

ما هو العقد وما هي أقسامه؟ وهل للتعسّف في استعمال الحقّ أثر على فسخ العقود؟

ما مدى تأثير الشروط العقديّة على العقد؟ ومتى يمكن اعتبار الاشتراطُ في العقد أو فسخِه تعسّفاً في استعمال الحقِّ؟

سادسا: خطّة البحث

لقد قسّمت بحثي إلى مقدّمة، فصل تمهيدي بابين وخاتمة: ففي **الفصل التمهيدي**: تناولت الإطار المفاهيمي للتعسّف في استعمال الحق، وقمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: مبحث أوّل: تطرّقت فيه لمفهوم الحقّ وأقسامه، وتناولت في المبحث الثاني مفهوم التعسّف وعلاقته باستعمال الحق.

أمّا **الباب الأوّل** الذي عنوانه نظريّة التعسّف في استعمال الحق، فقد قسمته إلى فصلين: الأوّل عرضت فيه نظريّة التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وقسّمته إلى مبحثين، أوّلهما في أسس النظريّة في الفقه الإسلامي، والثاني خصّصته لتطبيقات النظريّة في الفقه الإسلامي، أمّا الفصل الثاني من هذا الباب فتناولت فيه نظريّة التعسّف في استعمال الحق في القانون الوضعي، وقمت بتقسيمه لمبحثين، خصّصت المبحث الأوّل لأصول النظريّة وأسسها في القانون الوضعي، أمّا المبحث الثاني فتحدّثت فيه عن تطبيقات النظريّة في القانون الوضعي.

و**الباب الثاني** من هذه الأطروحة تكلّمت فيه عن التعسّف في استعمال حقّ الفسخ وتطبيقاته في العقود، حيث قسّمته إلى فصلين: الأوّل تكلّمت فيه عن أثر التعسّف في استعمال الحق على الإرادة العقديّة، في مبحثين: الأوّل فيه بيانٌ لمفهوم العقد وتقسيماته، والثاني: عالجت فيه أثر التعسّف على الإرادة المنشئة للعقد. أمّا الفصل الثاني: فخصّصته لأثر التعسّف في استعمال حق الفسخ على العقود، وذلك من خلال مبحثان: الأوّل تناولت فيه ماهية الفسخ وعلاقته بالعقد، والمبحث الثاني تكلّمت فيه عن تطبيقات التعسّف في استعمال حقّ الفسخ على العقود.

ختمت البحث بمجموعة من النتائج التي توصّلت إليها من خلال بحثي، مع ذكر بعض التوصيات المتعلّقة بموضوع **نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ وتطبيقاتها في فسخ العقود**.

سابعا: منهج البحث

اعتمدت على المنهج المعروف في الدراسات الإسلامية وهو المنهج **التحليلي المقارن** الذي يقوم على التحليل والنّقد، ومقارنة الآراء وبيان راجحها ومرجوحها.

ثامنا: منهجيّة البحث

اعتمدت في هذا البحث على منهجية توفر الخصائص التالية:

1_ ترقيم الآيات وبيان سورها في المصحف الشريف، وذلك بما يوافق رواية حفص عن عاصم بن أبي النجود الكوفي، ووضعتها في الهامش.

2_ تخريج الأحاديث من كتب متون الحديث، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخريجه منها، وإن لم يوجد في الصحيحين خرّجته من السنن أو من غيرها.

3_ التركيز على موضوع البحث وإبراز النّقاط الخادمة له، وتجنّب الاستطراد.

4_ تصوير المسألة المراد بحثها تصويرا دقيقا حتّى يتّضح المقصود من دراستها.

5_ تحرير محل الخلاف بالنّسبة للمسائل التي يكون فيها اتفاقٌ في بعضها واختلاف في البعض الأخر.

6_ ذكر أقوال الفقهاء في المسألة، مع ضرورة الأخذ بأقوال كل مذهب من كتبه المعتمدة.

7_ جمع أدلّة كل فريق من الفقهاء، مع بيان وجه الدلالة وما يمكن أن يوجّه إلى الدليل من اعتراضات، مع بيان الراجح من الأقوال في المسألة وذكر سبب الترجيح.

8_ ذكر أقوال شرّاح القانون في المسائل القانونيّة المتناولة في البحث مع آراء فقهاء القانون.

9_ التعريف بالمصطلحات الفقهية والقانونيّة، وشرح الغريب من الألفاظ اللغويّة.

10_ ذكر ترجمة الأعلام الواردة في البحث، ماعدا الصحابة المعروفين والخلفاء الراشدين، كما ترجمت للأئمة الأربعة رغم شهرتهم، وذلك لإفادة القارئ أكثر.

11_ توثيق المعلومات من المصادر والمراجع المعتمدة، وذلك بذكر المؤلِّف والمؤلَّف وذكر محقق المؤلَّف إن وجد، ثمّ دار الطبع، ثمّ البلد، ثمّ رقم الطبعة، ثمّ سنة الطبع، ثمّ الجزء والصّفحة.

12_ عند تكرار نفس المرجع في موضع آخر من الرسالة، اكتفيت بذكر المؤلِّف، وفي بعض الأحيان ذكرت معه المؤلَّف لدرء الالتباس ثمّ عبارة المرجع السابق، ثمّ الجزء والصفحة.

13_ إذا تكرّر نفس المرجع في نفس الصّفحة، اكتفيت بذكر المؤلِّف، ثمّ عبارة المرجع نفسه ثمّ الجزء الصّفحة.

14_ إذا كانت الإحالة بلفظ:" انظر"، فإمّا أنّ النقل كان بالمعنى لا بالنصّ، وإمّا أنني أحيل القارئ إلى موضع آخر فيه كلام مفصّل لاستزادة علميّة عن الموضوع المحال به.

15_ ذيّلت البحث بفهارس متعدّدة تعين القارئ للوصول إلى المعلومة بيسر وسهولة.

الفصل التمهيدي:

الإطار المفاهيمي للتعسف

في استعمال الحق

وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: مفهوم الحق وأقسامه

المبحث الثاني: التعسف وعلاقته بالمسؤولية المدنيّة

تمهيد:

هذا الفصل هو عبارةٌ عن مَدْخَلٍ عام مخصَّصٍ لِتَحديدِ المفاهيمِ وضبط المِصْطَلَحَاتِ المهمَّة المتضمَّنَةِ في موضوع البحث، إذ به نرسم الإطار العام الذي تدور حوله هذه الدراسة وتتم من خلاله معالجة الأفكار والمعطيات، ولأنّ أساس الموضوع المعالج هو التعسف في استعمال الحق، ففي الفصل بيان لمفهوم هذا المصطلح، يشْمُلُ ماهيَّةَ الحقِّ وذكر لأهمّ أقسامه المختلفة في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، ودراسةٌ لمفهوم التعسف وعلاقَتِهِ بالمسؤوليّة المدنيّة، وسبب تصدير الكلام بهذه المفاهيم والتعاريف، هو أنّه لا يمكن التطرُّق لمختلف التطبيقات الفقهية أو القانونيّة لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال العقود المدنية، دون التَوْطِئَةِ لذلك بعرض مُجْمَلِ التعاريف المقدَّمة لمصطلحات البحث، من أجل إعطاء صورةٍ واضحةً تمكّننا من الإحاطة السليمة بالموضوع، وتجنُّب الوقوع في خلط المصطلحات والمفاهيم، وإسقاط الأحكام في غير مواضعها.

ولدراسة كلّ ذلك قمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يحوي كلٌّ منهما مطلبين:

المبحث الأوّل: مفهوم الحق وأقسامُه.

المبحث الثاني: مفهوم التعسف وعلاقته بالمسؤوليّة المدنيّة.

المبحث الأوّل:

مـــــفهوم الحـــــق وأقســـامه

قبل الخوض في دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق ووضع الأسس الفقهية والقانونية التي تقوم عليها، ينبغي التعرُّض أوّلا للحديث عن الحق الذي هو مناط التعسف والركن الرصين الذي تدور حوله معالم هذه النظرية، إذ أن الحق هو المفهوم الشامل الذي تُعَالَجُ من خلاله مُخْتَلَفُ التطبيقات في إطار ما يسمى: "**بنظرية التعسف في استعمال الحق**"، لذلك وجب علينا إحاطَتُهُ بالعناية الكافية والبحث الدقيق، من خلال بيان أهم التعريفات اللّغويّة والاصطلاحية التي وُضعت له، وعرض مختلف الاتجاهات التي عالجت الموضوع وكذا التقسيمات المهمّة للحق، ويكون هذا من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأوّل: مفهوم الحق.

المطلب الثاني: أقسام الحق.

المطلب الأوّل: تعريف الحق.

الحق لفظٌ ذو معان كثيرة وعديدة في لغة العرب بحيث يتوقف معناه الحقيقي على سياق الكلام المستَعمل فيه، وله في الفقه الإسلامي مفاهيم واستعمالات واسعة ومتشعّبة، ومن أجل الوصول إلى إعطاء مفهوم للحقّ بالمعنى الذي يَخدُم موضوعنا، سنصدّر المطلب بعرض المعنى اللُّغوي للحقّ، ثمّ ننتقل إلى التعاريف الفقهية له، ونضيف تعاريف شُرَّاح القانون، وننهي ذلك بتقديم تعريف نختاره حسب ما تقتضي طبيعة البحث، وهذا في فرعين:

الفرع الأوّل: تعريف الحق لغة.

الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحا.

الفرع الأوّل: تعريف الحق في اللّغة.

الحَقُ نَقِيضُ البَاطِلِ أو ضِدُّ البَاطِلِ وحقَّ الشيءَ يَحِقُّ حقًّا أي: وجب وجوباً[1]، ونقول يُحِقُّ عليك أن تفعل كذا، وأنت حقيقٌ على أن تفعلهُ، وحقيقٌ: فعيلٌ في موضع مفعول، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ ﴾[2].

ومعناه أيضا محقوق كما تقول واجب، وتقول للمرأَةِ: أنت حقيقةٌ لذلك، وأنت محقوقةٌ أن تفعلي ذلك.

والحِقّةُ من الحقّ كأنّها أَوْجَبُ وأَخَصُّ، تقول هذه حِقّتي أي: حقِّي. والحقيقة ما يصير إليه حقُّ الأمر ووجوبه، وبلغتُ حقيقة هذا أي يقينَ شَأْنِهِ، وتقول أحقَّ الرَّجُلُ إذا قال حقًّا، وادعى حَقًّا فَوَجَبَ له، وحَقَّقَ كقولك: صَدَّقَ وقال هذا هو الحق، وتقول ما كان يَحُقُّك أن تفعل

---

[1] زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصّحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمّد، المكتبة العصرية ــ الدار النموذجيّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الخامسة، 1420هـ ــ 1999م، ج1، ص77.

[2] الأعراف الآية{105}.

كذا أي: ما كان يحقَّ لك[1]. وحقَّ الأمر يحِقُّ حقّاً إذا وضح فلم يكن فيه شكٌّ وأَحْقَقَهُ إحقاقًا[2]، والحَقُّ وَاحِدُ الحُقُوقِ[3].

ويقال احْتَقَّ النَّاسُ مِنَ الدَّيْن، إذا ادعى كلُّ واحد الحقَّ[4]، وأَحَقُّ في كلام العرب له معنيان: أحدهما استيعاب الحقِّ، والثاني: ترجيح الحقِّ، وقولهم فلان أَحَقُّ بالأَمَانَةِ أي: مُسْتَحِقٌّ لَهَا، ولا حَقَّ لغيره معه فيها[5]، وتستعمل كلمة الحقّ في اللّغة على عدّة معانٍ منها: الثَّابِتُ واللَّازِمُ والوَاجِبْ، والمؤْجُود الثَّابِتْ الذِّي لا يسوغ إنكارُهُ[6]. وقد وردت هذه المعاني وغيرها في القرآن الكريم ومنها:

أوّلا: الحقّ بمعنى الأمر الثابت والقطعي:

1_ قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ فَأَمَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فَيَعۡلَمُونَ أَنَّهُ ٱلۡحَقُّ مِن رَّبِّهِمۡۖ ﴾.[7]

فالذين أمنوا وأذعنوا للحقّ إذا بدا لهم، يعلمون أي: يعرفون جازمين بالدليل القاطع أنّه الحق أي: الأمر الثابت، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه، ولا من خلفه.[8]

---

[1] أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، تحقيق: د/مهدي المخزومي ود/إبراهيم السامرائي، دار الهلال، د: ط، د: ت، ج3، ص 7.

[2] أبو بكر محمّد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكّي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1407هـ_1987م، ج1، ص100.

[3] أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطّار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، 1407هـ_1987م، ج4، ص1406.

[4] أحمد بن فارس، مقاييس اللّغة، تحقيق: عبد السلام محمّد هارون، دار الفكر، د: ط، 1399هـ_1979م، ج2، ص 16.

[5] محمّد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة: الثانية، 1408هـ_1988م، ج1، ص47.

[6] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1414هـ_1994م، ج10، ص51-52.

[7] البقرة الآية{26}.

[8] محمّد بن أحمد أبي زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، د: ط، د: ت، ج1، ص177.

2_ **وقوله** تَعَالَىٰ:﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ كَانُوا۟ يَكْفُرُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ وَيَقْتُلُونَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ۗ ذَٰلِكَ بِمَا عَصَوا۟ وَّكَانُوا۟ يَعْتَدُونَ ﴾.[1]

جاء في بعض التفاسير في قوله: "**بغير الحق**" أنّ المقصود منه الحقُّ باعتبار الدعوى، كما لو تخاصم رجلان فكلٌّ واحد منهما يدعي أنّه على الحق ولدعواه مرجّح هو ثابت في نفس الأمر.[2]

3_ وقوله تَعَالَىٰ:﴿ فَوَقَعَ ٱلْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿١١٨﴾ ﴾.[3] أي: ثبت الحقُّ وفسد ما كانوا يعملون من الحيل والتخييل وذهب تأثيره.[4] فكان ثبوت الحق سبباً لإبطال ما كان يفعل هؤلاء من الأعمال الشركيّة الباطلة التي تناقض شرع الله عزوجل فهو الأحق بالإتباع والاقتداء، وما دونه لا يستحق شيئا من هذا، والله تعالى جعله واضحا بيّنا لا تشوبه الظنون والأوهام فسمّاه الحقّ، وفي ذلك معنى الثبوت والرسوخ.

4_ وقال أيضا:﴿ ذَٰلِكَ ٱلْيَوْمُ ٱلْحَقُّ ۖ فَمَن شَآءَ ٱتَّخَذَ إِلَىٰ رَبِّهِۦ مَـَٔابًا ﴿٣٩﴾ ﴾.[5] أي: ذلك اليوم الثابت وقوعه. فلو لم يكن كذلك ما كان يستحق أن يسمّى بالحق، فهو الثابت الذي لا يتغيّر حكمه بتغيّر الزمان والأمكنة والأشخاص، فوصف الله تعالى يوم القيامة بأنّه حق، فهو أمر ثابت لا يأتيه الظن ولا الشك أبدا.

---

[1] البقرة الآية {61}.

[2] محمّد بن عرفة، تفسير ابن عرفة، تحقيق: جلال الأسيوطي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م، ج1، ص121.

[3] الأعراف الآية {118}.

[4] محمّد رشيد علي رضا الحسيني، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامّة للكتب العلميّة، د: ط، 1411هـ_1990م، ج9، ص61.

[5] النبأ الآية {39}.

ثانيا: الحق بمعنى اللّازم:

1_ قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلۡحَقُّ مِن رَّبِّكَ فَلَا تَكُن مِّنَ ٱلۡمُمۡتَرِينَ ﴾.[1] أي: هذا هو القول الحقّ اللّازم، الذي لا محيد عنه ولا صحيح غيرُهُ[2]، فهو لازم من جهة وقوعه أي: من ناحية الاعتراف به، ولازم من جهة التكليف به.

ثالثا: الحقّ بمعنى الواجب:

1_ قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱللَّهُ ٱلَّذِيٓ أَنزَلَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ وَٱلۡمِيزَانَۗ ﴾ .[3] ما جاء في تفسير الآية الكريمة أن الله تعالى قد أنزل الكتاب الذي هو القرآن الكريم بالحقّ أي: بالواجب، متضمنا الحقَّ والميزان.[4] فيحاسب كلٌّ على ما قدّمه أو أخره، كما يُحمَلُ لفظ الحق في هذه الآية الكريمة معان أخرى، كالصدق بما فيه من الأنباء والأخبار، وفيه أيضاً معنى العدل في الأحكام، لأنّه جعل الميزان كنايةً عن العدل أي: أنّ الحق هو طريق العدل وسببه، ولكن حَمْلَهُ على أنّه الواجب أقرب للصواب، فيحتمل أن يكون عطفًا على الحق، فيصير تقديره: أنزل الكتاب بالواجب وبالعدل في الأحكام التي بين العباد.

رابعا: الحقّ بمعنى العدل:

1_ قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَٱلۡوَزۡنُ يَوۡمَئِذٍ ٱلۡحَقُّۚ ﴾ .[5] أي: الوزن يوم القيامة يكون بالعدل والقسط

---

[1] آل عمران الآية {60}.

[2] أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير ابن كثير، تحقيق: سامي سلامة، دار طيبة، الرياض، السعوديّة، الطبعة: الثانية، 1420هـ_1999م، ج2، ص49.

[3] الشورى الآية {17}.

[4] أبو القاسم ابن جزي الكلبي الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: عبد اللّه الخالدي، شركة دار الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1416هـ_1992م، ج2، ص247.

[5] الأعراف الآية {8}.

الذي لا جور فيه ولا ظلم بوجه[1]، وكلّ أحكام الله مبنيّة في هذا اليوم على العدل والقسط، ولا يظلم الله تعالى أحدا من عباده فكلّ واحد ينال ما يستحقّه.

2_ قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَوۡمَئِذٖ يُوَفِّيهِمُ ٱللَّهُ دِينَهُمُ ٱلۡحَقَّ ﴾.[2] أي: أنّ الله تبارك وتعالى يوفيهم جزاء أعمالهم بالعدل.[3] فيجزي الذين أحسنوا بالحسنى والذين أساءوا بالسوءا وهذا من عدله سبحانه وتعالى.

خامسا: الحق اسم من أسماء الله تعالى.

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلۡحَقُّ وَأَنَّهُۥ يُحۡيِ ٱلۡمَوۡتَىٰ وَأَنَّهُۥ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ قَدِيرٞ ﴾ .[4] فمعنى الحق في الآية الكريمة إنّما هو اسم من أسماء الله تعالى، وهو المستحق لهذا الاسم دون غيره سبحانه وتعالى.

سادسا: الحق بمعنى الصّدق.

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ لَهُۥ دَعۡوَةُ ٱلۡحَقِّۚ وَٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِهِۦ لَا يَسۡتَجِيبُونَ لَهُم بِشَيۡءٍ إِلَّا كَبَٰسِطِ كَفَّيۡهِ إِلَى ٱلۡمَآءِ لِيَبۡلُغَ فَاهُ وَمَا هُوَ بِبَٰلِغِهِۦ﴾ .[5] أي: أنّ لله دعوة الصدق[6] والذين يدعون من دونه

---

[1] عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن اللويحق، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ_2000م، ج1، ص283.

[2] النور الآية {25}.

[3] ينسب لعبد الله بن عباس، تنوير المقباس من تفسير ابن عبّاس، جمع مجد الدين الفيروزآبادي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج1، ص294.

[4] الحجّ الآية {6}.

[5] الرعد الآية {14}.

[6] شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصريّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1384هـ_1964م، ج9، ص300.

دعوتهم باطلةٌ لا صدق فيها.

ومنه نخلص إلى أنّ الحق له إطلاقات متعددة في النصّ القرآني، وأغلبُها يدور حول معنى الثابت والواجب واللاَّزِم، كما يطلق في بعض الأحيان على الصدق والنصيب، والمال والملك ويأتي كذلك بمعنى الاختصاص والاستئثار.

الفرع الثاني: تعريف الحق في الاصطلاح.

أوّلا: الحق في الفقه الإسلامي.

إنّ لفظَ الحَقِّ من الألفاظ التي كَثُرَ استعمالها في البحوث والمؤلّفات والحواشي، لذلك نجد معظمَ الفقهاء الأَقْدَمُونَ لم يهتموا كثيرا بإعطاء حدٍّ لهذا المصطلح، وذلك لاستفاضةِ جريانه على ألسن الناس، واعتمادا منهم على المعنى اللّغوي له واكتفاءهم به.

1_ تعريف الحق عند الفقهاء الأقدمين:

أ_ جاء في كشف الأسرار:" الحق هو الشيء الموجود من كلِّ وجه، الذي لاريب في وجوده".[1] وهذا التعريف معاب من وجوه، غموضه، إجماله، واقتصار معناه على المعنى اللّغوي دون أيّ إضافة.

ب_ وعرّف أيضا بأنّه:" الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل".[2]

ورُد على هذا التعريف: أنّه غير جامع لأنّه يقتصر على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب

---

[1] علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب العربي، دمشق، سوريا، د: ط، 1394هـ_1974م، ج4، ص134.

[2] علي بن محمّد الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1403هـ_1983م، ج1، ص89.

في حين نجد الحقَّ يطلق على المال المملوك، وعلى الوصف الشرعيّ، وكلُّ ذلك ليس حكماً.[1]

جـ_ وجاء في الفروق:" حقُّ اللّه تعالى أمره ونهيه وحقُّ العبد مصالحه".[2]

وهذا التعريف أنّه غير مانع لأنّه ترك الباب مفتوحا لدخول ما ليس في ماهية الحق من أوامر ونواهي، كما أنّ هناك العديد من المصالح بين العباد لا تعتبر حقوقا.

ومما يلاحظ أنّ جميع هذه التعريفات لقدماء العلماء تميّزت بالشمول وغياب الدقّة لأسباب ذكرناها سابقا، كما أنّها لم تخرج في تعريفها للحق عن إطار المعنى اللّغوي. فالفقهاء القدامى رحمهم الله لم يضعوا تعريفا دقيقا للحقّ، وإنّما غالبا ما كانوا يريدون بكلمة الحقّ عند إطلاقها مجموعةً من المعاني المختلفة، فتارةً يستعملون لفظ الحقَّ استعمالا عاما يشمل كلَّ حقٍّ من الحقوق، وتارة أخرى يستعملون هذا اللّفظ استعمالا خاصًّا ويقتصرون في المعنى على المصلحة الاعتباريّة الشّرعيّة التي لا وجود لها إلّا باعتبار إيجاب الشارع لها.

كما أنّهم أطلقوا لفظ الحقّ على مرافق العقار لما فيها من معنى الاختصاص[3]، وأطلق أيضاً على ما ينشأ عن العقد من التزامات[4]، وجاء في إطلاقاتهم على ما يثبت للشّخص قبل غيره، بسبب الالتزام أو التعدّي أو الاتلاف[5].

2_ تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين: لقد حظي الحق عند الفقهاء المعاصرين بنصيب

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية عشر، د: ت، ج4، ص2838.

[2] شهاب الدين أبي العبّاس أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج1، ص140.

[3] علي الخفيف، الملكيّة في الشريعة الإسلاميّة مع مقارنتها بالقوانين الوضعيّة، دار النهضة العربيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1410هـ_1990م، ص9.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج1، ص9.

[5] أنظر: محمّد الحسيني حنفي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، الطبعة: الثالثة، 1394هـ_1974م، ص305-306.

وافرٍ من الاهتمام، حيث استفاضت تعاريفهم لهذا المصطلح، ومن بين هاته التعاريف ما يأتي:

أــ عُرّف الحقّ بأنّه:" اختصاص يقرُّ به الشرع سلطةً أو تكليفاً".[1] يلاحظ في هذا التعريف مدى الدقّة لدى صياغته، لكنّه ليس بالتعريف التام والجامع لهذا المصطلح.

بــ وعرّفه البعض بقولهم أنّ:" الحقُّ هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقرّرها الشارع الحكيم".[2]

جــ كما جاء في تعريفه أنّه:" ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه".[3]

دــ وقال البعض:" هو كلُّ مصلحة مختصّة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه".[4]

هـــ وعُرّفُ أيضاً:" بأنّه ما ثبت في الشَّرع للإنسان، ولله تعالى على الغير، أو هو كلّ شيء ملّكت الشريعة الإنسان منه وسلَّطته عليه".[5]

وــ كما عُرِّف الحقُّ:" بأنّه اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطةً أو تكليفا لله مع عباده، أو الشخص على غيره على أساس أنّ جوهر كلّ حقٍّ هو اختصاص".[6]

زــ وجاء في تعريفه أيضا بأنّه:" اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من

[1] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة ألف باء، دمشق، سوريا، د: ط، 1388هـ_1968م، ج3، ص3.

[2] محمّد يوسف موسى، الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه، د: ط، 1376هـ_1956م، ص211.

[3] علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعيّة، د: ط، 1367هـ_1947م، ص31-32.

[4] عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلاميّة، مؤسّسة الرّسالة، بغداد، العراق، الطبعة: الخامسة، 1396هـ_1973م، ص218.

[5] محمّد بن أحمد صالح الصّالح، حقوق القرآن في الكتاب والسنّة وتطبيقاتها في المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2002م، ص14.

[6] المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلاميّة، حقوق الإنسان الإسلاميّة بين الخصوصيّة والعالميّة، سلسلة ندوات الحوار بين المسلمين، عمّان، الأردن، د: ط، 1413هـ_1992م، ج2، ص27.

آخر تحقيقا لمصلحة معيّنة".[1]

3_ التعريف المختار: بعد عرض التعاريف السابقة لمفهوم الحق، يترجّح لدي أنّ تعريف الأستاذ الدريني[2] هو أدقّ التعاريف معنى وأحسنها صياغة، إذ تميّز بالجودة في إعطاء مفهوم شامل للحقّ ومنعِ دخول غير معنى الحق في التعريف، حيث فرّق بين الحق وبين غاية الحق، كما أنّه وُفِّق إلى حدٍّ كبير في بيان جوهر الحقّ ومصدره وغايته وفق ترابط فريد من نوعه، كما أنّ هذا التعريف هو الذي يخدم موضوع أطروحتي، فهو الوحيد الذي بيّن مدى استعمال الحق والذي برز في قيد "تحقيقا لمصلحة معيّنة"، وتُثْبِتُ ذلك محترزات التعريف.

4_ شرح محترزات التعريف:

قوله:" **الاختصاص**": هو الانفراد والاستئثار ويدخل في هذا المختصُّ بموضوع الحقّ، سواءٌ كان إنسانا أو شخصاً اعتبارياً أو كان الشارع الحكيم.

وقوله:" **يقرُّ به الشرع سلطةً**": وهو قيد يَخرج به الاختصاص الواقعي ولا يبقى سوى الاختصاص الشرعي.

وقوله:" **سلطةً على شيء أو اقتضاء أداء من آخر**": فقد جعل السلطة لصيقةَ لا تنفك عن الاختصاص الذي أقرّه الشرع لصاحب الحقِّ وهذا ما يُسمَّى في القانون بالحقِّ العيني[3].

---

[1] فتحي الدريني، الحقُّ ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الثالثة، 1404هـ_1984م، ص193.

[2] **فتحي الدريني** هو: فقيه فلسطيني، وأحد أكبر علماء الشريعة في العصر الحديث، ولد عام 1923م بالناصرة في فلسطين المحتلّة، شغل منصب عميد كليّة الشريعة بدمشق، وتوفي رحمه الله سنة 2013م بسوريا، انظر: طارق إسماعيل، رابطة العلماء السوريين، جمادى الآخر 1434هـ/ مايو 2013م، موقع http// islamsyria com تُصُفِّح يوم 28 مارس 2018م.

[3] **الحق العيني**: هو سلطة مباشرة يمارسها الشخص على شيء معيّن بما يمكّنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به دون وساطة. انظر: حسن القصاب، الحقوق العينيّة، جامعة القرويين، المغرب، 2014م/2015م، الفصل الخامس، ص 6.

وقوله:" **تحقيقا لمصلحة معيّنة**": أي أنّ إقرار الشارع للاختصاص الذي أسبغ عليه صفة المشروعيّة إنّما كان من أجل تحقيق مصلحةٍ مطلوب من صاحب الحقّ العمل على توخّيها وتحقيقها شرعاً.

ثانيا: تعريف الحق في القانون. بما أنّ القانون هو الأداة التي تحفظ الحقوق وتحميها، فقد حظي الحق باهتمام وافر من جانب فقهاء القانون، إلّا أنّه قد اختلفت تعاريفهم للحقّ.[1] وهذا الاختلاف راجع في الأساس لصعوبةِ وضع تعريف لظاهرة قانونيّة مجرّدة تنطبق على حالات فرديّة لا يمكن حصرُها، كما أنّ التعريف في حدّ ذاته هو عمل نظري يمكن أن يتأثّر بعدّة أمور، منها تعدّد الاتجاهات للمعرّف[2].

لذا فقد وقع اختلاف في تعريف الحقّ فكان كلٌّ يعرّفه حسب منظوره له، مما أفرز مذاهب متعدّدة في هذا الشأن، أهمّها اتجاهان: الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث.

1_ الاتجاه التقليدي:

وقد انصبّ هذا الاتجاه[3] وخاض في الحقوق، غير أنّه لم يُعْنَ بتحليل مصطلح الحقّ، ولا بإبراز عناصره وخصائصه المميِّزَة له، وإنّما اكتفى بتركيزه على جانب من جوانبه.[4] فنجد من ينظر إلى الحقّ من جهة صاحبه، ومنهم من ينظر إليه من زاوية موضوعه والغاية منه لا الى الشخص صاحبه فقط، وهناك اتجاه ثالث يَحُلُّ وسطا بينهما حيث يحاول الجمع بين النظريتين.

---

[1] عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونيّة، دار النّهضة العربية، بيروت، لبنان، د: ط، 1417هـ_1996م، ص439.

[2] رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، النّظريّة العامّة للحق، الدار الجامعيّة للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ص19.

[3] J. L. Aubert. Introduction Au Droit. Et thèmes Fondamentaux Des Droit Civil. Collection Armand_ Colin. 1984. P 178.

[4] أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظريّة الحقّ، دار النهضة العربيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1416هـ_1995م، ص21.

أ_ **الاتجاه الشخصي**، أو النظريّة الإراديّة: يرى أصحاب هذا الاتجاه وعلى رأسهم الفقيه الألماني سافيني[1] savigny أنّ لصاحب الحقّ إرادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم، لذلك يعرّفون الحق بأنّه:" تلك القدرة أو السلطة الإراديّة التي يُخوِّلها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم".[2] فجوهر الحقّ عند أصحاب هذا الاتجاه هو الإرادة التي تجعل الحقَّ صفةً تَلحق صَاحِبَهُ.

ومن أهم ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه غير جامع، فتعريف الحق بأنّه إرادة، لا يجعل لعديمي الأهلية والموصى لهم والورثة حُقُوقًا، مع أنّ لهم حُقُوقًا يُقِرُّهَا القانون. كما أنّ فيه خلط بين الحقّ واستعماله، فالإرادة ليست لازمةً لقيام الحق، وإنّما قد تكون لازمةً لاستعماله.[3]

ب_ **الاتجاه الموضوعي**: وقد نظر رواد هذا الاتجاه إلى الحقّ من جانب موضوعه وغايته، فعرّفوه بأنّه:" مصلحة يحميها القانون".[4] فالحقُّ وفقا لهذا الاتجاه يتشكَّلُ من عنصرين أساسيين، أوّلها موضوعي والذي يتمثّل في المصلحة التي تُحقَّقُ لصاحب الحقِّ، وثانيها شكلي ويتمثّل في الحماية القانونيّة.

ما يلاحظ في هذا الاتجاه أنه عَرَّفَ الحَقَّ بغايته، لكن المعلوم أنّ المصلحة لا تصلح أن تكون معيارا للحقِّ باعتبارها غاية للحقِّ، والمراد هو تعريف الحقّ ذاتُهُ[5].

---

[1] **فريديريك كارل سافيني**، فقيه ومؤرخ قانوني ألماني ولد سنة 1779م وتوفي سنة 1861م، شغل منصب أستاذ بجامعة هومبولت، وهو أوّل مدير لها، كما يعتبر مؤسّس نظام القانون المدني الحديث في ألمانيا، نقلا عن موقع المعرفة http// m,marefa org تاريخ التصفح 13 مارس 2018م.

[2] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندريّة، الطبعة: الخامسة، 1394هـ_1974م، ص431.

[3] أنظر: محمّد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظريّة الحق، مصر، مكتبة وهبة، د: ط، د: ت، ص9.

[4] أنظر: عبد الودود يحي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، مصر، دار النهضة العربيّة، د: ط، 1401هـ_ 1981م، ص252.

[5] أنظر: فتحي عبد الرّحيم، محمّد عبد الرحمن شوقي، النظريّة العامّة للحق، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ_2001م، ص7.

جـ_ الاتجاه المختلط: وهو يجمع بين المذهبين السابقين، فيحاول الربط بين فكرتي القدرة الارادية والمصلحة[1]، وقد انقسم هذا الاتجاه إلى فريقين، أحدهما يغلّب القدرة الإراديّة على المصلحة فيعرّفه بأنّه:" سلطة إراديّة يعترف بها القانون ويحميها، محلّها مالٌ أو مصلحةٌ". وفريق ثاني يغلّب عُنْصُرَ المصلحة على عنصر القدرة الإراديّة، فيعرّف الحقَّ بأنّه:" المصلحة المحميّة عن طريق الاعتراف بقدرة إرادة صاحبها".[2]

وقد تعرّض هذا الاتجاه في تعريفه للحق للانتقادات التي تعرّض لها الاتجاهان السابقان كونه يمزج بينهما.

2_ الاتجاه الحديث: بعد فشل الاتجاهات التقليديّة في صياغة تعريف مُقْنِعٍ للحقِّ، ظهر على أنقاض الانتقادات التي وُجِّهَتْ إليه اتجاه قانوني حديث قاده الفقيه **دابان dabin**[3]، وقد بذل رواده كافة جهدهم من أجل إعطاء تعريف سليم للحقّ، غَيْرَ تلك التعاريف التي كانت عند القدماء والتي لم تكن ترى الحقّ كما نراه اليوم[4]، فعرّفوه بأنّه:" اختصاص بقيمة مالية أو أدبيّة معيّنة يمنحها له القانون".[5] أو هو:" تلك الرّابطة القانونيّة التي بمقتضاها يخوّل القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معيّن من شخص آخر".[6]

---

[1] أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2003م، ص26.

[2] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص444.

[3] **جان دابان**، فقيه وأستاذ بلجيكي بجامعة لوفان البلجيكيّة، له العديد من الأبحاث القانونيّة في موضوع الحق وهو صاحب المؤلّف الشهير:" الحق غير الموضوعي".

[4] M. Villey. Les institutes De Gais Et L'idée Du Droit Subjectif. Revue Historique. Du Droit. 1946. P201.

[5] أنظر: حسن كيرة، المرجع السابق، ص432، 433.

[6] عبد المنعم فرج الصدّة، أصول القانون، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د: ط، 1385هـ_1965م، 277.

وهذه التعاريف التي جاء بها المذهب الحديث هي التي اعتمد عليها فقهاء القانون، واستندوا إليها في وضع مفهوم للحقّ، مثل: حسن كيرة، شمس الدين الوكيل، عبد المنعم فرج الصدّة، أحمد فرّاج حسين وغيرهم.

ثالثا: تحديد عناصر الحق.

انطلاقا من هذه التعاريف السابقة الذكر نستنتج أنّ للحقّ أربعة عناصر:

أ_ عنصر الاستئثار والاختصاص، وهو ثبوت قيمة ماديّة أو معنويّة للشّخص يقرّرها القانون ويمنحها له.

ب_ التسلّط، وهو القدرة على التصرّف بحرّية في الشيء موضوع الحق، مع تفاوت سعة التصرّف في الحقّ حسب اختلاف الحقوق[1].

جـ_ احترام الغير للحقّ، فالحقّ إذا ثبت لصاحبه يجب على النّاس جميعا احترام هذا الحق.

د_ الحماية القانونيّة، وهي أن يكون للقانون قوّةً يتدخّل بها لنقل الاستئثار من حالة واقعيّة إلى حالة قانونيّة تقرُّه كحق. فيضمن الحقوق التي تمّ الاعتراف بها للأفراد بمعنى أن يصبح الاستئثار والاختصاص مشروعا قانونا، فيحميه المجتمع بما يصنعه من وسائل قانونيّة.

فالحقُّ في نظر أصحاب هذا الاتجاه ما هو إلّا ميزةٌ يمنحها القانون لشخص ويضمنها بوسائله فيتصرّف الشّخص بمقتضاها فيما يؤول إليه باعتباره مَمْلوكاً أو مستَحَقًّا، ورغم أنَّ الكثير من فقهاء القانون المعاصرين أخذوا في تعريفهم للحق بهذا الاتجاه، وهذا ما سيتبيّن لاحقا، إلّا أنّ هذا التعريف لم يسلم من الانتقادات، وأهمّ ما وجّه إليه أنّ التعبير بلفظ الاستئثار هو تعبير غير دقيق، لأنّ القول بهذا لن يُنهي البحث عن تعريف الحقّ، ويظلّ الإشكال مطروحاً عن

---

[1] Dabin. Le Droit. Subjectif. 1952. P56.

معنى هذا الاستئثار، إذا كان ناتج عن قوّة إراديّة، أم هو نتيجة المصلحة التي يحميها القانون.[1]

رابعًا: تعريف الحق عند فقهاء القانون.

لقد وضع الاتجاه الحديث إلى حدٍّ ما إطاراً حقيقيا للحقِّ بُنيت عليه أغلب تعاريف فقهاء القانون، ومن بين هذه التعاريف ما يلي:

1_ عُرِّف الحقُّ بأنّه:" ذلك الرابطة القانونيّة التي بمقتضاها يخوّل القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والتسلُّط على الشيء أو اقتضاء أداء معيّن من شخص أخر".[2]

2_ وجاء في تعريفه أنّه:" قدرة لشخص من الأشخاص، على أن يقوم بعمل معيّن يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يُقرُّها".[3]

3_ وعُرِّف أيضا بأنّه:" استئثار شخص بقيم أو أشياء معيّنة يخوّل له التسلُّط والاقتضاء ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنّها ذات أهميّة اجتماعيّة".[4]

4_ وهناك من ذهب إلى القول بأنّ الحقّ هو:" ثبوت قيمة معيّنة لشخصٍ بمقتضى القانون فيكون لهذا الشّخص أن يمارس سلطات معيّنة يكفلها القانون بغية تحقيق مصلحةٍ جديرةٍ بالرِّعاية".[5]

5_ وعرّفه بعض الفقهاء بأنّه:" سلطة قانونيّة مستمدّة من علاقة شخصيّة تخوِّل لشخص آخر

---

[1] أنظر: علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون نظريّة الحق، دار الفكر العربي، د: ط، 1413هـ_1992م، ص35.
[2] حسن كيرة، المرجع السابق، ص441.
[3] جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط،1387هـ_ 1966م، ص27.
[4] شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظريّة العامّة للحق، مطبعة نهضة مصر، د: ط، د: ت، ص11.
[5] عبد المنعم فرج الصدّة، المرجع السابق، ص315.

أو عدّة أشخاص بتحقيق مصلحة ما طوعا أو كرها".[1]

6_ وعُرّف بأنّه:" اختصاص (أو استئثار) شخص بقيمة ماليّة أو أدبيّة معيّنة يمنحها له القانون"[2].

إنّ جميع التعاريف التي قدّمها فقهاء القانون الوضعي تستند إلى فكرة إبراز عناصر الحق في التعريف، فتعبّر عن ذلك بالتسلط والاستئثار الممنوح لصاحب الحق، كما تُبْرِزْ الحماية القانونيّة التي تُمنح للحق.

خامساً: مفهوم الحق في القانون المدني الجزائري.

رغم أنّ مواد القانون المدني التي تضمَّنت لفظ الحقّ في ثناياها قد بلغت من الكثرة بمكان، حتى صار يُسْتَعْصَى عدّها وحصرها، حيث فاقت المواد التي جاء فيها لفظ الحقّ عتبة المئتين وتسعين مادة، كما فاق عدد المواضع التي ذُكر فيها أربع مئة وأربعون موضعاً، إلّا أنّ المقنن الجزائري لم يعط تعريفا لمصطلح الحق في إحدى هذه المواد أو في غيرها، وإنّما ترك ذلك لشرّاح القانون، ويظهر من خلال بعض المواد أنّ المقنن الجزائري يقصد بلفظ الحق ما اصطلح عليه فقهاء القانون كما ذكرنا سابقاً من كونه: "استئثار شخص بقيمة ماليّة يمنحها له القانون"، ويتضح هذا في نص المادّة 682 من القانون المدني التي تنصّ على ما يلي:" كلُّ شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلّا للحقوق الماليّة"[3]. فنص المادة يعني أنّ الشيء الذي يُتعامل به يكون محلّا للحقوق فيستطيع الشخص أن يستأثر بحيازتها فيحميها القانون، وهذا هو ذاتُه المفهوم العام الذي توصّلت إليه تعاريف فقهاء القانون.

---

[1] عبد الحي حجازي، مذكّرات في نظريّة الحق، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، د: ط، 1373هـ_1951م، ص15.

[2] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص450.

[3] القانون رقم 07-05 المؤرّخ في 25 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 13 مايو سنة 2007، المعدّل والمتمّم.

سادسا: الموازنة بين التعريف الفقهي والقانوني للحق.

من خلال التمعن في كل من تعاريف فقهاء الشريعة الإسلاميّة وتعاريف فقهاء القانون، نَلحَظ مدى التقارب الكبير بينهما في تعريف الحق فقد اتجهت أنظار كل منهم إلى تحديد عناصر الحقّ، وهي الاختصاص والاستئثار الذي يُنْشِئُ تسلُّطًا مشروعا لصاحب الحقّ على الشيء موضوع الحق، ويبقى الفارق الجوهري بينهما هو في مُسْتَمَدِّ مشروعيّة الاستئثار أو الاختصاص المُنْشِئِ للسلطة على الشيء حتى يتميّز هذا الاختصاص بالحماية، فنجد مُنْشِئَ الحق في الفقه الإسلامي هو الحكم الشرعي، بينما في القانون فإنّ القاعدة القانونيّة المنظّمة للحقوق هي ما يَسْتَمِدُّ منها مركزُ الاختصاص لصاحب الحقِّ مشروعيّتَهُ مما يمكن حمايَتُهُ عن طريق رفع الدعوى.[1]

---

[1] أنظر: العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر-1-، كليّة أصول الدين، الخروبة، 1422هـ_2002م، ص217.

المطلب الثاني: أقسام الحق.

تنقسم الحقوق إلى أقسام متعدّدة تختلف باختلاف زوايا النَّظَرِ إليها، مما أفرز عدّة تقسيمات لدى فقهاء الشّرع وكذلك عند شراح القانون، ومبنى تلك الأقسام هو النظر إلى أركان الحق، وهي أربعةٌ، أوّلها: هو صاحب الحقِّ، أي: المستأْثر بالحقِّ. والثاني: هو من عليه الحقُّ، أي الشّخص المكلَّف بالأداء. والثالث: هو محلُّ الحقِّ، أي: هو الشيء المستَحَقُّ. والرابع: هو ما يتعلّق به الحق، وفي هذا المطلب سنبحث في التقسيمات التي نراها مناسبةً لخدمة موضوعنا الأصلي وذلك في فرعين:

الفرع الأوّل: أقسام الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أقسام الحق في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأوّل: أقسام الحق في الفقه الإسلامي.

يظهر من خلال استعمالات الفقهاء للحق أنّه ينقسم إلى أقسام عديدة باعتبارات مختلفة، ومن بين هذه التقسيمات ما يلي:

التقسيم الأوّل: باعتبار صاحب الحق.

ينقسم الحقُّ بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام، حق لله تعالى، وحق للعبد، وما اجتمع فيه الحقَّان وأحدهما الغالب، وتفصيل ذلك أنّ المحكوم به أربعة أقسام، حقُّ الله تعالى المحض كحدِّ الزنا أو الخمر، وحق العبد المحض وهو ظاهر، وما فيه الحقان وغلب فيه حقُّ الله تعالى كحدِّ السرقة أو القذف أو غلب فيه حقُّ العبد كالقصاص والتعزير.[1] وجعله بعضهم على ضربين

[1] محمّد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدرّ المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1412هـ_1992م، ج5، ص353.

كما جاء في المغني:" أحدهما حق لآدمي، والثاني ما هو حقٌّ لله تعالى".[1]

أوّلا: حق الله تعالى: وهو ما يُقصد به التقرُّب إلى الله وتعظيمه وإقامة شرائعه كالعبادات، أو تحقيق النّفع العام للخلق من غير اختصاص بأحد من الناس، كالكفِّ عن الجرائم وتطبيق العقوبات، وقد نُسب لله عزّوجلّ لعظم خطره وشمول نفعه، أو لئلا يختصَّ به أحد من الجبابرة الظالمين. جاء في إعلام الموقعين:" حقُّ الله لا مدخل للصُّلح فيه كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها، وإنّما الصلح بين العبد وربه في إقامتها لا في إهمالها، ولهذا لا يُقبل الصلح في الحدود[2] وإذا بلغت السلطان فلا تجوز فيها الشفاعة.

وقد اعْتَبَرَ بعض الأصوليين أنّ حقَّ الله طاعته[3]، فعُرِّف بأنّه:" ما قُصِدَ به قصدا أوّليا التقرُّب إليه سبحانه وتعظيمه وإقامة دينه، أو قُصِدَ به حمايةُ المجتمع، بأن تَرَتَبَتْ عليه مصلحةٌ عامَّة له من غير اختصاصٍ بأحد".[4]

وحصر الفقهاء حقوق الله تعالى في ثمانيّة أنواع:

1_ عبادات خالصة. نحو: الصلاة والزكاة والصوم، وفي ذلك **قَالَ تَعَالَى**:﴿ فَمَن كَانَ يَرۡجُواْ لِقَآءَ رَبِّهِۦ فَلۡيَعۡمَلۡ عَمَلٗا صَٰلِحٗا وَلَا يُشۡرِكۡ بِعِبَادَةِ رَبِّهِۦٓ أَحَدَۢا ١١٠ ﴾[5] فهذه العبادات خالصةٌ لله وحده دون سواه.

---

[1] عبد اللّه بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، مصر، د: ط، 1388هـ_1968م، ج10، ص213.

[2] محمّد ابن القيِّم الجوزية، إعلام الموقّعين عن ربِّ العالمين، تحقيق محمّد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م، ج1، ص95.

[3] محمّد بن محمّد المقرّي، القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكّة المكرّمة، جامعة أمّ القرى، السعوديّة، د: ط، د: ت، ج2، ص416.

[4] أحمد فهمي أبو سنّة، نظريّة الحقّ، منشورات المجلس الأعلى للشؤون الإسلاميّة، د: ط، 1391هـ_1971م، ص177.

[5] الكهف الآية {110}.

2_ عبادة فيها معنى المُؤْنَة[1]، كصدقة الفطر، فهي عبادةٌ لأنّها صدقةٌ تجب على القادر يسدّدها للمحتاج، وجُعلت طُهرةً للصّائم وتشترط النيّة فيها لأنّها عبادةٌ.

3_ مُؤنة فيها معنى العبادة، كعُشر من الأرض العُشريّة، وهو ما يسمّى بزكاة الناتج من الأرض فهو مؤونة الأرض يزكّى بنيّة التقرّب للّه عزّوجلّ.

4_ عقوبات خالصة، وتتمثّل في الحدود، التي وجبت حقاً للّه تعالى، وليس للعبد فيها حقٌّ مثل: حدّ الزنى، وحدّ السرقة، وحدّ شرب الخمر...فهي عقوباتٌ فيها معنى العبادة، شرعت للزجر والردع.

5_ عقوبات قاصرة، كحرمان القاتل من الميراث، وسميّت قاصرةً لأنّها ماليّة لا ألم فيها للبدن، بل فيها منع لثبوت الملك للقاتل في تركة المقتول، وليس فيها نفع للمقتول.

6_ ما اجتمع فيه العبادة والعقوبة، كالكفّارات، ففيها عقوبة لأنّها وَجبت جزاءً على أفعالٍ تصدر من العباد، وفيها معنى العبادة لأنها تكفير عن الذنوب.

7_ مؤنة فيها معنى العقوبة، كالخراج، وهو الخراج الواجب في الأرض الخراجيّة، وهي التي فُتحت بالقوّة وأقرّ عليها أهلها وعلى حالها، فإنّه مؤونةٌ باعتباره سبباً لبقاء الأرض، وفيها معنى العقوبة لبقاء أصحاب الأرض على حالهم فيها وانشغالهم بها عن الاشتراك في الجهاد.

8_ حق قائم بنفسه، كالخُمس في الغنائم،[2] وهو ما ثبت للّه ابتداءً، **قَالَ تَعَالَىٰ**: ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ

[1] **مُؤْنة**: بضم ثمّ سكون جمع مُؤَن، الثقل. وهي ما يُدّخر من الطعام لوقت الحاجة. وتطلق على ما يتحمّله المكلّف من ثقل النفقة على من يليه من الأهل. أنظر: محمّد رواس قلعجي، المرجع السابق، ج1، ص398.

[2] أبو عبد الله بدر الدّين محمّد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهيّة، وزارة الأوقاف الكويتيّة، الطبعة: الثانية، 1405هـ_1985م، ج2، ص58.

وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۗ﴾ [1]

ومنهم من خصّها بثلاثة أنواع هي:

_ **عبادات محضة**. ويترتب عليها نيل الدرجات والثواب، كالصّوم والصلاة.

_ **عقوبات محضة**. تتعلّق بمحظورات، كالحدود والقصاص.

_ **كفَّارات متردّدة بين العقوبة والعبادة.**

وحقوق الله تعالى توجِبُ الأَدَاءَ من طرفِ المكَلَّفِ، ولا خِيَرَةَ له فيها، ولا تسقط إلّا بالعذر الشرعيّ القوي، جاء في الموافقات:" كلُّ ما كان من حقوق الله، فلا خيرة فيه للمكلّف على حال، وأمّا ما كان من حقِّ العبد في نفسه، فله فيه الخيرة، أمّا حقوق الله تعالى فالدلائل على أنّها غير ساقطة ولا ترجع لاختيار المكلّف كثيرةٌ". [2]

ثانيا: حق العبد الخالص: وهي الحقوق التي تتعلّق بالأفراد وليس للنِّظام العام دخل فيها، فحقُّ العبد هو ما تعلّقت به مصلحةٌ خاصَّة، وهذه الحقوق قريبة من المسائل التي يُنَظِّمُها القانون الخاص في القوانين الوضعيّة، وهذا النّوع يتناول كل ما شُرع لمصلحة دنيويّة خاصّة بالفرد دون المجتمع كحقِّ الدّية وبَدَلُ المتْلفَاتِ، وبَدَلُ المغْصُوبِ، وحقُّ الشُّفعةِ، وحقُّ المشتري في تملُّك المبيع وحق البائع في قبض الثمن، وغير ذلك من الحقوق سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون.[3] كما جاء في الموسوعة:" أنّ تحريم مال الشّخص على غيره حقٌّ لهذا الشَّخص،

[1] سورة الأنفال {41}.

[2] إبراهيم بن موسى بن محمّد الشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار بن عفَّان، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1417هـ_1997م، ج3، ص101.

[3] مدكور محمّد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظريّاته العامّة، دار النَّهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1380هـ_1960م، ص417.

حتى يتمكّن من حماية ماله وصيانته، ولهذا يملك أن يُحلَّ ماله لغيره بالإباحة والتمليك".[1]

وحقُّ العبد منه ما يقبل الإسقاط بإرادة صاحبه، كحق الشُّفعة والعتق، وإبراء المعسر، وخيار المجلس...وغير ذلك، ومنه ما لا يقبل الإسقاط لا بالعفو ولا بالإبراء والصّلح، وتتمثّل في الحقوق التي لم تثبت بعد كحقّ المرأة في المبيت، وحقّ المشتري في الرؤية قبل الشراء، أو الحقوق التي يترتّب على إسقاطها تغييرٌ في الأحكام الشرعيّة، كإسقاط المطلّق حقّه في إرجاع زوجته، وكذلك الحقوق الملازمة للشّخص كإسقاط الأب أو الجدّ حقّه في الولاية، بالإضافة إلى الحقوق التي يتعلّق بها حقّ الغير كإسقاط الأمّ حقّها في الحَضانة، فليس كلُّ حقٍّ للعبد يسقط بإسقاطه، وما كان للعبد فيه الاختيار فمن حيث جعل الله له ذلك، لا من جهة أنّه مستقلٌّ بالاختيار.[2]

ثالثا: الحقُّ المشترك: وهو ما اجتمع فيه حقّان، أو نوعان من الحقوق، حقٌّ لله تعالى، وحقٌّ للعبد، وكان أحدهما الغالب، وينقسم الحق المشترك إلى قسمين:

1_ ما اجتمع فيه الحقان وكان حقُّ الله تعالى هو الغالب: ويتمثل في صور عديدة، منها ما يتعلَّق بمحافظة الإنسان على حياته وعقله وصِحَّتِهِ وبَدَنِهِ وماله عن الإفساد والإتلاف، وهو ما تضمّنته الضروريات الخمس (حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل وحفظ المال)، فإنّ ذلك حقٌّ لله تعالى من جانب المحافظة على نِعَمِهِ التي تَقُومُ عليها الحياة، وتحقيقًا لإرادة الله عزّوجل في خلقه، لعبادته وحدَه لا شريك له، وفيها حقٌّ للعبد يتمثّل في مصلحته الخاصّة في صيانة حياته وماله وصحّته لدوام العيش الهانئ والرَّغيد.

2_ ما اجتمع فيه الحقان وكان حقُّ العبد هو الغالب: وذلك مِثْلَ القصاص فإنَّ فيه حقًّا

[1] وزارة الأوقاف الكويتيّة، الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، دار السلاسل، الكويت، الطبعة: الثانية، من(1404هـ_1427هـ) – إلى (1984م_1997م)، ج18، ص18.

[2] أنظر: الشاطبي، المرجع السابق، ج3، ص104.

لله سبحانه وتعالى، وهو عقوبة الجاني جزاءً وزجرًا له.[1] وفيه مصلحة للأفراد بصلاحهم وصيانة دِمَاءِ المجتمع، كما هو حقٌّ للقاصِّ أو وليِّ أمر المِقْتُولِ من أجل رفع الظلم عنه وتَطْيِيبِ نَفْسِهِ جَرَّاءَ مَا لَحِقَهُ من ضَرَرٍ، فمن حقِّ العبد (الضحية أو ولي المقتول) التنازل عن حقّه.

وحكم الحق المشترك أنَّه يُنظر إلى الغالب من الحقَّين، فإن كان الغالب حقُّ الله تعالى، فإنّه يأخذ حُكْمَهُ، فلا يجوز التصرُّف فيه بإسقاطه أو الاعتداء عليه، مثل: حدُّ الزنى، ففيه حقُّ الله لأنّه شُرِع زجرا عن الفساد وشيوع الفاحشة، وفيه حقُّ للعبد لأنّ فيه صيانةٌ لعِرضه ودفع العار عنه، ولما تعارضت فيه الأدلّة تعارضت فيه الأحكام، ولكن الغالب فيه حقُّ الله تعالى فلا يسقط بالعفو.

وإن كان الغالب في الحقّ المشترك حقُّ العبدِ، فإنّه يأخذ حكم حقِّ العبد، مثل: القصاص فإنَّ فيه حقًّا لله تعالى وهو إخلاءُ المجتمع من الفساد، وفيه حقٌّ للعبد لوقوع الجِناية عليه، ولكن غَلَبَ فيه حقُّ العبد فأخذَ حُكمه، ولهذا يسقط بالعفو[2]، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ١٧٨ ﴾[3].

ففي الآية دلالة على أنّ حق العبد يسقط بعفو صاحبه على من اعتدى عليه، حيث جاء في تفسير قوله تعالى:" فمن عفي له من أخيه"، أي: تُرِك له وَصفح عنه مِنَ الواجب عليه

---

[1] صالح بن عبد الرّحمن المحيميد، الحقُّ وأنواعه، مجلّة العدل، وزارة العدل، المملكة العربيّة السعوديّة، د: ط، 1420هـ_2000م، العدد(1)، ص97.

[2] زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، فتح الغفّار بشرح المنار، مراجعة محمود أبو دقيقة، دار مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، د: ط، 1355هـ_1935م، ج3، ص20.

[3] سورة البقرة، الآية {178}.

وهو القِصَاص في قتل العمد ورَضِي بِالدِّية، فالعفو أن يقبل الدِّية فِي قتل العمد"[1]

التقسيم الثاني: باعتبار من عليه الحق: ويُقسَّم الحقُّ في الفقه الإسلامي بهذا الاعتبار إلى قسمين: واجب بمعنى: لازم، وجائز بمعنى: غير لازم.

أوّلا: الحقُّ اللازم: وهو الحق الذي قرَّرَهُ الشَّرْعُ على جهة اللُّزُومِ، كما قرّر في مُقابِله واجبا على الآخرين، فالحق والواجب هنا متلازمين وإن اختلف كلُّ واحد منهما عن الآخر، كحقُّ الحياة، هو حقٌّ لكلِّ شخص ويجب على الأخرين احترام هذا الحق، وليس لهم الاعتداء عليه، ولهم في المقابل نفس هذا الحقِّ فلا أحَد يجوز له الإضرار بالآخر عند استعماله لهذا الحق.[2]

ثانيا: الحق الجائز: وهو الحقُّ الذي يقرِّره الشرع لا على جهة اللُّزوم، وإنَّما يُقرُّه على جهة النَّدب أو الإباحة، كأمر المحتسب بصلاة العيد، وحق اختيار المكان للسُكنَى.

التقسيم الثالث: باعتبار محلِّ الحق.

قسّمت الحقوق باعتبار المحل إلى عدّة أقسام أهمها: تقسيم الحقوق إلى حق مالي وحق غير مالي وتفصيل ذلك كما يلي:

أوّلا: الحقوق الماليّة: وهي الحقوق التي محلُّها المال[3]، أو يُقصد منها المال، أو تؤول إلى المال.

ويمكن تقسيم الحقوق الماليّة إلى أربع أقسام:

1_ حقُّ مُلك الأعيان المالية: وهي التي يمكن بيعها وتملُّكها والاستعاضة عنها بمال.

---

¹ محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن تفسير البغوي، حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلم الحرش، دار طيبة، الرياض، السعوديّة، الطبعة: الرابعة، 1417هـ -1997م، ج1، ص191.

² الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج5، ص335.

³ أنظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص2849.

2_ حقُّ مُلك المنافع: لأن المَنَافِعَ بعد الْأعيان وُجُودًا[1]، والذي يَملك أن يُؤَجر هو الذي يَتَمَلَّك المنافع.

3_ حقُّ الدَّيْن: كما لو ظهر عند الحاكم مماطلة المدين فِي أداء دَيْنِهِ حال كونه مقتدرا أو طلب الغرماء بَيْعَ مَالِهِ وَتَأْدِيَةَ دَيْنِهِ حَجَرَ الْحَاكِمُ مَالَهُ، وإذا امتنع عن بيعه وتَأدِيَةِ الدَّيْنِ بَاعَهُ الحاكم وَأَدَّى دينه فيبدأ بِمَا بَيْعُهُ أَهوَن في حَقِّ الدَّيْنِ بتقديم النُّقود أوَّلَا فإن لم تَفِ فالعُرُوض فإن لم تَفِ العُرُوض أَيْضًا فَالعقار[2].

4_ الحقوق المجرّدة: هي تلك الحقوق المالية التي ليست بعينٍ ماليَّة ولا بمنفعةٍ ولا دُيُونٍ، وإنَّما هي أوصاف ومصالح لها تعلُّق بالأعيان أو المنافع أو الديون، ومضمون الحق المجرّد قد يكون المرور في أرض الغير أو جريان الماء فيها، أو الالتزام بعدم البناء فيها.

كما تقسَّم الحقوق المالية للإنسان إلى خمسة أقسام[3]:

أ_ حقُ المِلك: كحقِّ السّيد في مال المكَاتَبِ.

ب_ حقُّ التملُّك: كحقِّ الأب في مال ولده.

جـ_ حقُّ الانتفاع: كانتفاع الجار بحائط جاره.

د_ حق الاختصاص: كالرهن مثلا إنما يمنع الراهن من اختيار تصرفٍ ينافي ما التزمه للمرتهن، من حق الاختصاص.

---

[1] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، ج8، 513.

[2] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلّة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، نشره: نور محمد كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ج1، ص192، المادة رقم 998.

[3] عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، جدّة، السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1427هـ_2007م، ج3، ص227.

هـ_ حق التعلُّق لاستيفاء الحق: كتعلّق حق الغرماء بالتركة.[1]

ثانيا: الحقوق غير الماليّة: وهي الحقوق التي ليست بمال ولا يُقصد منها المال وتسمَّى بالحقوق الشَّخصيَّة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام[2]:

1_ حق غير مالي، يتعلّق بالأموال ولا يجوز الاستعاضة عنه بمال. مثل: الشُّفعة.

2_ حق غير مالي، ولا يتعلّق بالأموال ويمكن الاستعاضة عنه بمال. مثل: القصاص.

3_ حق غير مالي، ولا يتعلّق بالأموال ولا يجوز الاستعاضة عنه بمال في أيّ حال من الأحوال. مثل: حد القذف.

التقسيم الرابع: باعتبار ما يتعلَّق به الحق.

فالحق من حيث تعلُّقه ينقسم إلى حقٍّ متعلِّق بالعين، وحقٍّ متعلِّق بالذِّمة[3].

أوّلا: الحق المتعلِّق بالعين: وهو الحق الذي يتعلّق بذات شيء من الأشياء، وذلك مثل حَقُ المِلك فإنَّه يتعلّق بالأعيان الماليّة. وحقُّ القصاص فإنّه يتعلّق برقبة الجاني، وكذلك حقُّ الله تعالى المتعلِّق بمال الزكاة[4].

ثانيا: الحقُّ المتعلِّق بالذِمَّة: وهو الحقُّ الذي يتعلَّق بذِمَّة شخصٍ حقًّا لشخص آخر، كحقِّ

---

[1] عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، د: ط، د: ت، ص188-195.

[2] علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، د: ت، ج12، ص58.

[3] أنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ج4، ص457.

[4] أبو سنّة، المرجع السابق، ص183_185.

المقْرِضِ على المقترض، وهذا الحقُّ يكون دَيْناً ماليا أو غير مالي، وقد يكون عملا كالمقَاوَلَةِ.

ثالثا: ميزات كلٍّ من الحقَّين:

1_ الحقُّ المتعلِّقُ بالعين أَقْوَى من الحَقِّ المتعلِّق بالذِّمة.[1] ولهذا فإنّ الحق المتعلّق بالعين مقدّم في الوفاء على الحقِّ المتعلِّق بالذِّمة.[2]

2_ الحقُّ المتعلِّق بالعين يتبع هذه العين في أيِّ يَدٍ كانت، أمَّا الحَقُّ المتعلِّق بالذِّمة فإنّه لا يتبع عينا معيّنة، وإنّما يتبع ذمَّة من عليه الحق.

هذه الأقسام مختارة من بين عدّة تقسيمات تطرّق إليها فقهاء الشريعة الإسلاميّة، لكن ارتئيت الاقتصار في البحث على المهمّ منها والذي يخدم موضوع بحثي، كي لا نشُقَّ على القارئ، ولا نُشتِّت ذهنه بين كل تلك الأنواع الموجودة في كتب الفقه، وأيضا للحفاظ على توازن الأفكار داخل البحث.

ومن بين التقسيمات التي لم نذكرها في البحث ما يلي:

_ تقسيم الحق من حيث قبول الإسقاط وعدمه، إلى حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط.

_ وتقسيم الحق من حيث التحديد وعدمه، إلى حقوق محدّدة وحقوق غير محدّدة وحقوق مختلف في تحديدها.

_ وتقسيم الحق من حيث قبول توريث الى حقوق، إلى حق يورّث وحقٍّ لا يورَّث.

_ وتقسيم الحق من حيث التمام والتخفيف، إلى حقٍّ تام وحقٍّ مخفَّف.

---

[1] الزركشي، المرجع السابق، ج2، ص64.

[2] المقرّي، المرجع السابق، ج2، ص516.

ـــ ومن حيث المُؤيِّد القضائي تنقسم إلى حقوق واجبة ديانةً وحقوق واجبةٌ قضاءً وحقوق واجبةٌ ديانةً وقضاءً.

ـــ ومن حيث التجرُّد وعدمه، تنقسم إلى حقوق مجرّدة وحقوق غير مجرَّدة.

هذه وغيرها من التقسيمات التي تكلّم الفقهاء في مؤلّفاتهم إنّما تدلُّ دلالةً واضحةً على مدى تعمُّق الفقه الإسلامي في دراسة الحق، ومدى اهتمام الفقهآء ببيانه وتوضيح مواضعه في مواطن متفرّقة من هذه المؤلّفات، وإن لم يسوغوه في نظريّة محدّدة أو يكتبوه في موضع واحد.[1]

الفرع الثاني: أقسام الحق في القانون المدني الجزائري.

للحق أنواع وتقسيمات عديدة في القانون فهو يختلف باختلاف طبيعته وموضوعه ومضمونه وأطرافه، وقد اختلفت تقسيمات في الفقه القانوني لتعدد زوايا النّظر إليه، مع التنبيه إلى أنّ مُعظم تقسيمات الحقوق في القانون متداخل[2]، إلّا أننا سنتبع التقسيم المعتمد لدى معظم الباحثين، والذي يقسِّم الحقوق إلى[3]:

1ـ حقوق سياسية وحقوق مدنية.

2ـ تقسيم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

3ـ تقسيم الحقوق الخاصة إلى حقوق عائلية وحقوق مالية.

4ـ تقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وشخصية ومعنوية.

---

[1] محمود عبد الحميد طهمان، أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلاميّة، مذكّرة ماجستير، جامعة أم القُرى، مكّة المكرّمة، المملكة العربية السعوديّة، د: ط، 1411هـ_1981م، ص41.

[2] J. Ghestin Et G. Goubeoux. Traité De Droit Civil. Introduction Générale. L. G. D. J. 1977. P152.

[3] انظر: جلال علي العدوى ورمضان أبو السعود، المدخل لدراسة القانون، نظريَّة الحق، منشأة المعارف، الاسكندريَّة، مصر، د: ط، 1427هـ_1997م، ص161.

التقسيم الأوّل: تقسيم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنيّة.

أوّلا: الحقوق السياسية: هي التي تتقرَّرُ للشَّخْصِ لتمكينه من المساهمة في بعض شؤون بلده، وتسمى أيضا بالحقوق الدستورية لأنها تتقرّر في الدساتير عادة، ومحل دراستها هو القانون الدستوري، وهي تثبت للمواطن دون الأجنبي. وهذا النوع من الحقوق ليس لازما لحياة الفرد، إذ قد يعيش الإنسان بدونها، إلاّ أنها قُرِّرت لمصلحته ولمصلحة الجماعة معا[1]، كحق الانتخاب، حق الترشح، حق تولي الوظائف العامة، ومثال ذلك: ما نصّ عليه الدستور الجزائري[2] الصادر عام 2016م.

-**المادة 62** : لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن ينتخب و ينتخب.

-**المادة 63** : يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة...

ثانيا: الحقوق المدنية: وهي ما يثبت للشخص باعتباره عضوا في الجماعة، وهي تثبت للجميع على السواء دون تفرقة في السن أو الجنس أو الجنسية، فهي تثبتُ للشّخص لكونه إنساناً، لذلك تسمّى بالحقوق غير السياسية، حيث يتمتع بها المواطنين والأجانب على حدٍّ سواء، فهي لازمة لحياة الفرد المدنية، حيث تنشأ بين الأفراد في علاقة بعضهم ببعض، أو بين الأفراد والدولة، أو أحد مؤسّساتها.

[1] إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائريّة، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، الطبعة: السابعة، ص283.

[2] " الجريدة الرسميّة" قانون رقم 16_01 مؤرَّخ في 26 جمادى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، العدد 14، الجزائر.

التقسيم الثاني: تقسيم الحقوق إلى حقوق عامَّة وحقوق خاصَّة.

أوّلا: الحقوق العامة: هي الحقوق التي تثبت للإنسان بصفته آدميا، وتلازمه وتظل معه حتى موته، فلا غنى له عنها، وتثبت له دون تفرقة في السن أو الجنس أو الدين، وتسمى أيضا بالحقوق اللصيقة بالشخصية[1]، أو الحريات العامة وحقوق الإنسان، أو الحقوق الطبيعية، أو الحقوق الشخصية.

وتشمل هذه الحقوق: حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه وشرفه، وحقه في التنقل والإقامة، وحرمة المال وحرمة السكن، والحق في عدم انتهاك أسراره الشخصية، وحقه في التقاضي[2]. وهذه الحقوق أساسية لا يمكن أن يعيش الإنسان بدونها، ولا يجوز التنازل عنها، ويتوجب على القانون أن يحميها، فهي بمثابة الحقوق التي تكفل للشخص حماية شخصيته في مظاهرها المختلفة. ونذكر على سبيل المثال ما ورد في الدستور الجزائري[3] الصادر عام 2016م والذي ينصُّ على ما يلي:

المادة 40: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان...

المادة 41: يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات ...

ثانيا الحقوق الخاصّة: وهي الحقوق التي لا تثبت للأشخاص على قَدَمِ المساواة كالحقوق العامة، فهي قدرات قانونية يُخَوِّلها القانون للأفراد، تختلف من شخص إلى أخر حسب الحالة الشخصية أو الحالة المدنية لكل فرد على حدًى، وقد تتحكم فيها أحيانا روابط القرابة أو المصاهرة بين العائلات وتسمى حقوق عائليّة، وهناك حقوق مالية تتعلق بالمال، وتنقسم هذه

[1] Kayser. Les Droit De La Personnalité. Aspects Théoriques Et Pratiques. Rev. Trim. Dr.Civ. 1971. P 455.

[2] انظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظريَّة الحق، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1440 هـ_ 2010م، ص43-44-45.

[3] " الجريدة الرسميّة، المرجع السابق.

الحقوق أحيانا على أسس عائلية، وأحيانا على أسس مالية، ومحل دراستها هو القوانين الخاصة[1].

التقسيم الثالث: تقسيم الحقوق إلى حقوق عائلية وحقوق مالية.

أوّلا: الحقوق العائلية أو حقوق الأسرة: هي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضوا في أسرة، فمعيار التمييز فيها هو معيار العائلة أو الأسرة، وتنظمها قوانين الأسرة، وتسمَّى هذه الحقوق أيضا بالحقوق غير المالية، كحق الزوج في الطاعة، وتأديب الزوجة والأولاد، والعشرة بالمعروف، ومن خصائص الحقوق العائلية:[2]

1_ أنّها حقوق غير مالية في الأغلب، والقليل منها هي حقوق ماليّة، كحقّ النفقة، والحقّ في الميراث ولذلك فهي لا تنتقل من صاحبها إلى غيره لا في حياته ولا بعد موته، بل تنقضي بالوفاة، كما لا يجوز التصرف فيها، وتتميّز بأنّ لها طابعٌ أدبي يقوم على أسس القرابة.

2_أنّها لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم، ولا تقبل الحجز عليها، فإذا اشتهر إنسان باسم معين فلا يسقط عنه بعدم استعماله.

ويلاحظ أنّ بعض الحقوق غير المالية قد تترتب عليها حقوق مالية، كما في حالة الاعتداء عليها، إذ ينشأ لصاحب الحق المعتدى عليه الحق في التعويض المالي، وحقوق النفقة للزوجة والولد[3]، والحق في الإرث، فذلك لا يغير من طبيعتها، وإنما ذلك يعتبر أثرٌ من آثارها إذ يجوز التصرف فيه والتنازل عنه.

---

[1] أبو السعود رمضان، النظريَّة العامّة للحق، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، د: ط، 1435هـ_2005م، ص362.

[2] انظر: عمر السيد أحمد عبد الله، المدخل لدراسة العلوم القانونيّة، النظريّة العامّة للحق، د: ط، د: ت 1434هـ_2004م، ص75.

[3] انظر: محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونيّة، نظريّة الحق، طبع المؤسّسة الوطنيّة للفنون المطبعيّة، الرغاية، الجزائر، د: ط، 1428هـ_1998م، ص17.

ثانيا: الحقوق المالية أو حقوق الذمة: فهي الحقوق التي تستهدف المتعة بالمال وتقوَّم بالنقود، وتدخل في دائرة التعامل، وتنتقل من صاحبها إلى غيره، ويمكن أن تكتسب أو تسقط بالتقادم، كما يمكن الحجز عليها وفاء لديون صاحبها[1].

وهذا التقسيم حسب ما أراه غير منطقي لأنه لا أساس ثابت للتفرقة بين الحق العائلي والحق المالي، فكان الأولى إيراد التقسيم على أساس التفريق بين الحقوق العائلية وغير العائليّة، ثم الماليّة وغير الماليّة.

التقسيم الرابع: تقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية.

أوّلا: الحقوق العينية: الحق العيني هو قدرة أو ميزة أو سلطة مباشرة يقرِّرُها القانون لصاحب الحق على شيء محدد بذاته(معين)، بحيث يستطيع الشخص أن يمارس سلطته على ذلك الشيء باستعماله والتصرف فيه دون أية وساطة،[2] وللحقّ العيني ثلاث عناصر وعدّة خصائص:

1_ عناصر الحق العيني:

أ_ الشخص صاحب الحق: هو من يملك هذا الحق، بمعنى أنّه صاحب السلطة الكاملة على الشيء.

ب_ الشيء موضوع الحق: يجب أن يكون شيئا ماديا معينا بذاته أي مُفْرَزًا، ولا يكفي أن يكون محددا بنوعه أو بصفته أو بمقداره.

جـ_ السلطة مضمون الحق: تختلف هذه السلطة باختلاف أنواع الحقوق العينية، ففي حق

---

[1] انظر: د/ حسن كيرة دروس في الحقوق العينيّة الأصليّة، الطبعة: الأولى، 1969م، المجلّد الأوّل، ص524.

[2] Dabin. Une Nouvelle Difinition Du Droit Réel. Rev. Dr. Civ. 1962. P 20.

الملكية هي سلطة تامة، وتتفاوت في الحقوق العينية الأخرى كحق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي، وحق التخصيص، وحقوق الامتياز.

ويتوجب أن تكون السلطة التي يقررها الحق العيني سلطة قانونية، أي يقرّها القانون ويحميها، وليست مجرد سلطة واقعية، فتختلف بذلك عن سلطة السارق التي هي مجرد سلطة واقعية على الشيء المسروق، دون أن يكون مالكا له ولا صاحِبَ حَقٍّ عَيْنِي عليه، لعدم اعتراف القانون بها، ومثلها سُلْطَةُ مُغْتَصِبِ الأَرْضِ.

2_ خصائص الحق العيني[1]:

أ_ أنّه حق مطلق: بمعنى أنّ الواجب المقابل له يقع على كافة الناس، فحق الملكية مثلا يلتزم فيه الناس بعدم التعرض لصاحبه في ممارسة سلطته عليه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فله الحق الكامل في التصرّف فيه كما يشاء بالهبة أو بالبيع...

ب_ أنه حق دائم: فالأصل فيه أن يبقى مادام الشيءُ باقيا، ويستثنى من ذلك حق الانتفاع وحق الاستعمال، فهي حقوق مؤقتة تنتهي بانتهاء الأجل المحدد لها، فإذا لم يُعَيَّنْ لها أجل فتنتهي بوفاة المنتفع كما جاء في نصّ المادتين 852 و857 ق. م. ج[2]. كما أنّ الحق العيني التبعي ينقضي بانقضاء الحق الشخصي الذي نشأ تَبَعًا له.

جـ_ أنّه حق قابل للتنازل عنه: فلصاحبه أن يتنازل عنه بإرادته ودون توقُّفِ ذلك على إرادة غيره.

د_ أنّ لصاحبه حق التتبع والأولوية: فلصاحبه حق التتبع ومباشرة سلطته على الشيء

---

[1] Jean charmont. Revue Trimestriel De Droit Civil. T2. 1902. Librairie De La Société Du Recueil Général Des Lois Et Des Arrêts. Ancienne Maison la Rose Et Forcel. P 120.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

موضوع الحق تحت يد أي شخص، وأن يسترده من يد أي شخص يكون قد اغتصبه أو اشتراه، أمّا حق الأولوية أو الأفضلية فمعناه أن يكون لصاحب الحق العيني التقدم على مزاحميه في الإفادة من الشيء موضوع الحق.[1]

3_ أقسام الحق العيني:

أ_ **الحق العيني الأصلي**[2]: هو الحق الذي لا يستند في وجوده إلى حق آخر، فيستطيع صَاحِبَهُ مباشَرَةَ سلطته على ذلك الشيء المعيّن بالذات، والحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الجزائري هي: حق الملكية، وحق تجزئة الملكية، والذي يتفرع عنه حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وأيضا حق الارتفاق.

_ **حق الملكية**: هو الحق الذي يَمْنَحُ صاحِبَهُ سُلْطَةً مُبَاشِرَةً على شيء معيَّنٍ بذاته تمكّنه وحده من استعماله واستغلاله والتصرف فيه، في حدود ما يقضي به القانون[3]، وقد نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أنّ: "الملكية هي حق المتمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يُسْتَعْمَلَ اسْتِعْمَالًا تُحَرِّمُهُ القوانين والأنظمة".[4]

فحق الإستعمال هو الإفادة من الشيء مباشرة دون وساطة أحد بما يتفق مع طبيعة الشيء، كأن يستعمل السيارة بالركوب، والدار بأن يسكنها، والأرض بأن يزرعها.

وحق الإستغلال هو الإفادة من الشيء بالحصول على نتاجه وثماره، كحصوله على نتاج الماشية، أو أجرة المباني والأراضي الزراعية من المستأجر.

---

[1] انظر إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص296.

[2] شمس الدين الوكيل، دروس في القانون، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1396هـ_1966م، ص225.

[3] انظر: الحقوق العينيّة، د/ هيثم حامد المصاورة، كلية الأعمال برابغ، جامعة الملك عبد العزيز، دار حافظ، جدّة، ص13.

[4] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

أمّا حق التصرف فهو نوعان: تصرف قانوني: بالتنازل عن كل ما يخوله الحق من سلطات أو قدرات إلى شخص آخر كالبيع، الهبة، إنشاء حقوق عينية أخرى. وتصرف مادي: بالتعديل أو التغيير في مادة الشيء كالإتلاف، وهدم البيت[1].

ـ **حق الانتفاع**: هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله، مع احتفاظ مالك الشيء بملكية الرقبة، وبذلك يتجزأ حق الملكية فيكون التصرف الناشئ لشخص ويسمى مالك الرقبة، ويكون الاستعمال والاستغلال لآخر ويسمى المنتفع[2]، وهذا الحق مؤقت ينقضي بالأجل المحدد له أو بوفاة صاحبه، ولو وقعت الوفاة قبل حلول الأجل المعين له، فلا ينتقل لورثته لذلك يوصف حق الانتفاع بأنه حق شخصي، ينقضي بوفاة صاحبه، وهذا ما نصّت عليه المادّة 852 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها ما يلي:" ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعيّن فإن لم يعيّن أجلٌ عُدّ مقرّرا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أيّ حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعيّن، وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولةً عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائمٍ أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن".[3]

ـ **حق الاستعمال وحق السكنى**: يلحق بحق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى وهما صورتان تفيدان حق الانتفاع ويقتصران على حق استعمال الشيء دون استغلاله، فحق الاستعمال يمنح صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره بنفسه دون أن يكون له الحق في استغلاله، والاستعمال أوسع نطاقا من السكنى، ويسري على حقي الاستعمال والسكنى كقاعدة عامة ما يسري على حق الانتفاع من أحكام وفي ذلك جاء نصّ المادّة 856 من

---

[1] انظر: محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونيّة، نظريّة الحق، كلّية الحقوق، جامعة بنها، مصر، د: ط، د: ت، ص19-20.

[2] انظر: محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص25.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

القانون المدني الجزائري، والتي نصّت على ما يلي:" لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناءً على شرط صريح أو مبرّر قوي". كما نصّت المادّة 857 على أنّه:" تسري القواعد الخاصّة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحقّ السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين".[1]

_ **حق الارتفاق**: هو حق يُخَصَّصُ لمنفعة عقار على حساب عقار أخر مملوك لغير مالك العقار الأول، ويطلق على العقار المقرر عليه الارتفاق "العقار الخادم" والعقار المقرَّرُ الارتفاق لمصلحته "العقار المخدوم"، فيَشْتَرِطُ فيه: أن يتقرر على عقار لا على شخص، ولمصلحة عقار لا لمصلحة شخص، وأن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، فإذا كانا لشخص واحد كان له عليهما أكثر من حق الارتفاق، أي حق الملكية ذاته، وقد نظّم القانون المدني الجزائري حق الارتفاق في المادة 867 من القانون المدني وما بعدها[2]، ومن حقوق الارتفاق: حق المرور[3]، حق المجرى المائي، حق المطَل[4]، حق المسيل[5]، حق الصرف[6].

ب_ الحق العيني التبعي: وهو الحق الذي لا يوجد بصورة مستقلة، وإنما يستند إلى حق شخصي يكون تابعا له، فينشأ للوفاء بحق من الحقوق الشخصية. فهو حق عيني لأنه يحقق لصاحبه سلطة مباشرة على شيء، وتبعي في ذات الوقت لأنه تابع لحق شخصي يضمن الوفاء به، فيوجد بوجوده وينقضي بانقضائه.

ومن ثمّة فالحقوق العينية التبعية حقوق مؤقتة لأنّ الحق الشخصي مؤقت، وهدف الحقوق

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] المرجع نفسه.

[3] **المرور** هو حق صاحب الأرض المحبوسة في الوصول إلى الطريق العام من خلال أرض مجاوره لها.

[4] **المطل** هو حق صاحب المنزل في فتح مطلات على حديقة غير مملوكة له.

[5] **المسيل** هو جريان الماء الطبيعي من الأرض المرتفعة إلى الأرض المنخفضة.

[6] **الصرف** أن تصرف المياه الزائدة عن حاجة الري إلى الأرض المجاورة.

العينية هو ضمان وتأمين الدَّيْنِ الذي في ذمّة المدين ولذلك تُسمى أيضا بالتأمينات العينية، وأنواع الحق العيني واردة على سبيل الحصر، وليس للأفراد أن ينشئوا حقوق عينيّة أخرى وفق ما يريدون، الحقوق العينيّة التبعيّة هي: حق الرهن الرسمي والحيازي والذي يخوّل لصاحبه حق الحبس، وحق التخصيص وحق الامتياز.

ـ **الرهن التأميني أو الرهن الرسمي**: هو حق عيني تبعي يتقرر لمصلحة دائن على عقار ضمانا للوفاء بحق الدائن، مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه، ويكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون، وقد يكون الراهن هو المدين نفسه، أو شخص آخر يقرر رهنا رسميا على عقاره لمصلحة المدين كما في المادة 884 ق.م.ج، ويسمى الراهن في هذه الحالة بالكفيل العيني دون أن يؤثر ذلك في حق الدائن المرتهن، ما دام أنه يملك بموجب القانون حق التقدم وحق التتبع، كما جاء في نص المادتين 894 و895 ق.م.ج ومصدر الرهن في القانون الجزائري هو القانون أو حكم القاضي أو العقد، وعلى ذلك نصّت المادة 883 من نفس القانون، والتي جاء فيها:" لا ينعقد الرّهن إلّا بعقدٍ رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، وتكون مصاريف العقد على الرّاهن إلّا إذا اتفق على غير ذلك"،[1] ويجب أن يُوَثَّقَ عقد الرهن التأميني في وثيقة رسمية وإلاّ كان باطلا بُطْلَانًا مُطْلَقًا.

ولا يفوتنا أن نشير إلى أنّ الشريعة الإسلامية لا تقرّ الرهن الرسمي وإنّما تقر الرهن الحيازي، سواء في العقار أو المنقول، لأنّ قبض الرهن شرط لصحة عقد الرهن شرعا سواءٌ تسلَّمَهُ المرتَهِنُ أو شخص ثالث يتفق عليه العاقدان[2].

---

[1] القانون المدني، المرجع السابق.

[2] د. دعيج بطعي المطيري، مجلّة جامعة الشّارقة للعلوم الشّرعيّة والإنسانيّة، رهن العقار رسميّاً، الكويت، العدد 2، 1428هـ_2007م، مجلّد: 4، ص51.

ـ **الرهن الحيازي**: هو حق عيني تبعي ينشأ للدائن المرتهن بمقتضى الاتفاق بينه وبين المدين الراهن على منقول أو عقار، ضمانا للوفاء بحقه، ويتقرر على مال (عقار أو منقول) مملوك لمدينه أو لغيره، ويسمّى الغير الذي يقدم ماله رَهْنًا لِدَيْنِ غَيْرِهِ بالكفيل العيني، ويخوَّل الدائن حبس الشيء المرهون لحين استيفاء الدين، كما يعطيه حق التقادم، والتتبع، كالرهن الرسمي[1].

ويختلف الرهن الرسمي عن الحيازي، في أن الأول يرد على العقار فقط، مع بقاء الشيء المرهون في حيازة (في يد) الراهن. أما الرهن الحيازي فقد يرد على عقار أو منقول، مع انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يرتضيه الطرفان، وللمرتهن رهنا حيازيا حق الحبس على الشيء المرهون حتى يستوفي دينه وله أن يستثمر الشيء ويخصم قيمة الثمار من دينه، وذلك حسب نصّ المادّة 948 مدني جزائري التي تنصّ على أنّ:" الرّهن الحيازي عقدٌ يلتزم به شخصٌ، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلّم إلى الدّائن أو إلى أجنبيٍّ يعيّنه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقّاً عينيّاً يخوّله حبس الشّيء إلى أن يستوفي الدّين، وأن يتقدّم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقّه من ثمن هذا الشيء في أيّ يد يكون"[2].

والرهن الحيازي يخوّل لصاحبه حق الحبس، وهو حق يمنحه القانون للدائن في أن يمتنع عن رد شيء مملوك لمدينه إذا لم يوف له حقه وهذا ما نصّت عليه المادة 200 من القانون المدني والتي جاء فيها أنّ:" لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدّائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقةٌ سببيّةٌ وارتباط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

---

[1] انظر: محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص34.

[2] القانون المدني، المرجع السابق.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضروريّة أو نافعة، فإنّ له أن يمتنع عن ردّ هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلّا أن يكون الالتزام بالردّ ناشئاً عن عمل غير مشروع".[1]

وهذا الحق مصدره القانون وليس إرادة الطرفين، ويخوّل صاحبه حق الاحتفاظ بالشيء ولو كان محل تصرفات متعاقبة، وإذا انتزع منه فله الحق في استرداده، فهو يشبه من هذا الجانب المرتهن رهنا حيازيا. وقد اختلف في اعتبار الحق في الحبس، حيث اعتبره البعض بأنه حق عيني غير كامل، في حين اعتبره البعض الآخر بأنه لا يدخل في عداد التأمينات لا الشخصية ولا العينية، وذهب آخرون إلى أنه حق شخصي.[2]

وأمام هذا الاختلاف في تحديد طبيعة هذا الحق لم يورد المقنن الجزائري حق الحبس في الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية في القانون المدني في المادة 882 وما بعدها، وإنما أورده في الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود، ولذلك يمكن القول بأنه لم يعتبره من الحقوق العينية.

ـ **حق الامتياز**: هو أولوية يقررها القانون للدَّائن على مال أو أكثر للمدين ضمانا للوفاء بحق الدائن، ومراعاةً من القانون لصفةٍ خاصَّةٍ بهذا الحق[3]، ولا يكون للحق امتياز إلا بموجب نص في القانون، إذ "لا امتياز بغير نص". سواءٌ وُجِدَ هذا النص في القانون المدني أو في قَوَانِينَ خاصَّةٍ، ومن أمثلة حق الامتياز: دين الضريبة والمبالغ المستحقَّةِ للخَدَمِ والعُمَّالِ، والنفقة المستحقة في ذمة المدين لمن يجب نفقتهم عليه، وتنقسم حقوق الامتياز إلى نوعين، حقوق امتياز عامة: ترد على جميع أموال المدين، وحقوق امتياز خاصة: ترد على مال معين من أموال

---

[1] القانون المدني، المرجع السابق.

[2] F, Derrida. Répertoire civil. Dalloz. SN Catalan Franjo De La Nature juridique Du Droit De Rétention. R T D, CIV. 1989. P 38.

[3] انظر: المادة 982 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

المدين كالامتياز المقرر للمؤجر على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، أو الامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه، وقد يرد حق الامتياز الخاص على منقول أو على عقار[1].

ـ **حق التخصيص أو الاختصاص**: هو حق عيني تبعي يتقرر ضمانا للوفاء بحق الدائن[2] بأمر من القضاء على عقار أو أكثر من عقارات مدينه بمقتضى حكم يثبت الدين وواجب النفاذ أو مشمول بالنفاذ المعجل صادر له بإلزام مدينه بشيء معين، فإذا عجز المدين عن الوفاء فإن الدائن يطلب من رئيس المحكمة إعطاءه أمرا بتخصيص العقار المملوك للمدين للوفاء بدينه، ويتقرر حق التخصيص بأمرٍ يصدر من رئيس المحكمة على عريضة يرفعها إليه طالب حقِّ التَّخْصِيصِ يُعَيِّنُ فيها العقار ويرفق بها مستنداته، وقد نظم القانون الجزائري أحكامه في المواد من 937 إلى947.

حيث تنصّ المادّة 937 على أنّه:" يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معيّن، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف، ولا يجوز للدّائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة".[3]

ثانيا: الحقوق الشخصية[4]: فالحق الشخصي هو قدرة أو إمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، والإمكانية التي يتمتع بها صاحب الحق في كافة الحقوق الشخصية هي القدرة المباشرة على الشخص الملتزم بالحق، لإجباره على

---

[1] د/ شودار أمينة، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، تخصّص: أصول الفقه، كليّة العلوم الإسلاميّة، جامعة الجزائر 01، 1432هـ_2011م، ص21.

[2] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينيّة والشّخصيّة، منشأة المعارف، الاسكندريّة، مصر، د: ط، د: ت، ص159.

[3] القانون المدني، المرجع السابق.

[4] انظر: جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ص189.

نوع من العمل أو لإجباره على إعطاء شيء، وحتى لو كان محل الحق إعطاء شيء أو كان محله القيام بعمل وكان ذلك العمل هو الوفاء بدَيْن، ففي مثل هذه الحالات لا تكون لصاحب الحق علاقة مباشرة بالشيء محل الحق، بل يكون اتصاله بالشيء عن طريق شخص آخر هو المدين، وكقاعدة عامة فإن علاقة الدائن بالشيء في كل حق شخصي تكون غير مباشرة وأن قدرته على الشيء أو سلطته عليه تكون غير مباشرة أيضا، وهذا هو الفرق بين الحقوق الشخصية وبين الحقوق العينية، حيث تكون فيها إمكانية الدائن على الشيء مباشرة في استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه دون وسيط.

ويمكن أن نستنتج قاعدة أخرى مفادها أن الحق الشخصي للطرف الموجب يقابله دائما التزام شخصي على الطرف السالب.

ولهذا تكون العلاقة دائما في الحقوق الشخصية قائمة بين شخصيتين قانونيتين سواء كانت أشخاصا طبيعية أو اعتبارية عكس العلاقة في الحقوق العينية، فهي تقوم دائما بين شخصية قانونية وشيء مادي، ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي يكون محلها القيام بعمل أن يكون للمشتري الحق في استلام المبيع، ويقابل ذلك الحق التزام البائع بتسليم ذلك الشيء المبيع.

ثالثا: الحقوق المعنوية: وهو قدرة يقرها ويحميها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني أو الأدبي أو الفني[1] أيا كان نوعه، فيكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك الإنتاج إليه دائما ويحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله كحقّ المؤّلف في عدم الاعتداء على مؤلّفاته كاقتباس أفكار وعبارات وفقرات دون إذنه أو الإشارة إليه[2].

---

[1] J. Ghestin. G. Goubeaux. Traite De Droit Civil. Op. Cit. P162.

[2] محمّد حسين منصور، محمّد قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونيّة، نظريّة الحق، الدار الجامعيّة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، د: ت، ص102.

أما حقوق المخترعين في المجالات التقنية كأصحاب الأسماء التجارية فهي حقوق أدبية ولكنها تدرس في القانون التجاري، والحقوق المعنوية تقترب من حق الملكية ولكنها لا تنصب على ماديات، بمعنى أن محل الحق المعنوي لا يكون شيئا ماديا، إنما هو شيء معنوي، لذلك نقول بأن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي وآخر مالي في نفس الوقت، فهو يخول لصاحبه حق استغلال واستثمار إنتاجه الفكري بل والتصرف فيه بالبيع غير أن التصرف قاصر على الشق الاستغلالي من الحق دون الشق الأدبي[1].

[1] إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص298.

المبحث الثاني:

مفهوم التعسف وعلاقته بالمسؤولية المدنيّة.

بعد توضيحِ مفهومِ الحقِّ وذِكر أقسامِه المختلفة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، لا بد من إتْباع تلك المفاهيم ببيان معنى التعسف وإبراز العلاقة الموجودة بين استعمال الحق والتعسف فيه، مع إعطاء النتائج المترتبة على هذه العلاقة من قيامٍ للمسؤولية المدنيّة تارة ومسؤوليّةً جنائيّة تارةً أخرى، لأنَّ وجود الحق لا يعني وجود الحرِّية المطلقة للتصرُّف فيه، والكلام على حدود التصرُّف في الحق ليس مقامُه في هذا المبحث، وإنّما يجدر بنا توضيح الموضوع من خلال الربط بين مصطلحات الموضوع، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا المبحث الذي يحوي مطلبين هما:

المطلب الأوّل: تعريف التعسف وعلاقته باستعمال الحق.

المطلب الثاني: طبيعة التعسف والمسؤوليّة الناجمة عنه.

المطلب الأوّل:

تعريف التعسف وعلاقته باستعمال الحق.

إنّ لفظَ التعسف مستَعمَلٌ بكثرةٍ في كلام العرب، إلّا أنَّهُ لم يَحْضَ بِالعناية اللّازمة من التعريف، لقلّة ارتباطه بالقضايا الفقهية والوقائع القانونيّة المهمّة، وذلك راجع لقوّة الصلات والعلاقات الاجتماعية بين المسلمين المبنيّة على أساس الأخوّة، فلم تكن تطرح قضايا التعسّف لأنّ الفرد المسلم آنذاك كان يستعمل حقّه في إطار شرعي إيمانا والتزاما بالشرع إلّا في حالات تكاد تنعدم، غير أن الواقع الحالي يفرض علينا إعادة النظر في هذا المفهوم وإعطائه نصيبًا من الدراسة والبيان، فقد ارتبطت به أحكامٌ مختلفةٌ في مَجَالَاتٍ فقهية وقانونية كثيرة، وقبل الخوض في عرض ما تيسر من تلك الأحكام والوقائع سنمهِّدُ لِذَلك بتوضيح معنى مصطلح التعسف وإبراز علاقته بالموضوع المطروح، وهذا من خلال فرعين:

الفرع الأوّل: تعريف التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: علاقة التعسف بغاية تشريع الحقوق.

الفرع الأوّل: تعريف التعسف في استعمال الحق.

أوّلا: التعسف في اللغة: ويطلق على عدّة معان:

فالعَسْفُ: هو السَّير بِغَيْرِ هِدَايَةٍ والأَخْذُ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقِ، وَكَذَلِكَ التَّعَسُّفُ والاعْتِسافُ، والعَسْف: رُكوب المفازَةِ وقطْعُها بِغَيْرِ قَصْد وَلَا هِداية وَلَا تَوَخّي صَوْبٍ وَلَا طَريق مَسْلوك، يُقَالُ: اعْتسف الطريقَ اعتِسافاً إِذَا قَطَعَه دُونَ صوْب تَوَخّاه فأَصابه، والتَّعْسِيفُ: السَّيْرُ عَلَى غَيْرِ عَلَم وَلَا أَثرٍ، وعَسَفَ المَفازةَ: قَطَعَها وَمِنْهُ قِيلَ: رَجُلٌ عَسُوفٌ إِذَا لَمْ يَقْصِد قَصْدَ الحقِّ،

والعَسْفُ: رُكُوبُ الأَمر بِلَا تَدْبِيرٍ وَلَا رَوِيَّةٍ، عَسَفَه يَعْسِفُه عَسْفاً وتَعَسَّفَه واعْتَسَفه.[1]

وعَسَفَ فُلَانٌ فُلَانًا عَسْفاً: ظلَمه. وعْسِفُ واعْتَسَفَ وتَعَسَّفَ: ظلَم، وَهُوَ مِنْ ذَلِكَ، وَفِي الْحَدِيثِ: "**لَا تبلُغ شَفَاعَتِي إِمَامًا عَسُوفاً**" أَي جَائِرًا ظلُوماً[2]، والعَسْف فِي الأَصل: أَن يأْخذ المسافر على غير طريق ولا جَادَّة ولا علم وتعسَّف فُلَانٌ فُلَانًا إذا رَكِبَهُ بالظُّلم ولم يُنصفه، ورجل عَسُوف إذا كان ظلوما.

وجاء في تكملة المعاجم العربية [3]مادة عسف، عسفه على العمل: أجبره على العمل، وعَسَّف (بالتشديد): أَجْبَرَ، أَرْغَمَ، حَصَرَ، ضَايَقَ، أَزْعَجَ، أَرْهَقَ، أتعب، وتعسَّف: أخطأ، زَلَّ. وَكَلَّمتُه في اشياء تخبَّط فيها وتعسَّف بمعنى ظلم، تصلَّب، عاند، واعتسف: يقال مجازاً اعتسف الأمر، خرق في تدبير سلطانه واعتسف الأمور وأساء السيرة.

وفي أساس البلاغة في مادة عسف، الركاب يعسفن الطريق ويعتسفنه ويتعسفنه أي: يخبطنه على غير هداية، وسلطان عسوف وعسّاف[4].

فالتعسف من تعسَّفَ في يتعسَّف، تعسُّفًا، فهو مُتعسِّف، والمفعول مُتعسَّف فيه، وعسَف

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج9، ص245.

[2] وجدته عند أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، البعث والنشور، تحقيق: عامر أحمد حيدر، مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1406هـ_1986م، ج1، ص64. بهذا اللّفظ:" **رجلان لا تنالهما شفاعتي يوم القيامة، إمام ظلوم غشوم عسوف وآخر غالٌ في الدين مارق منه**". وعند أبو بكر محمّد بن جعفر الخرائطي، مساوئ الأخلاق، تحقيق: مصطفى بن أبو النّصر الشلبي، مكتبة السوادي للتوزيع، جدّة، المملكة العربية السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1413هـ_1993م، ج1، ص286. بهذا اللّفظ:" **صنفان من أمّتي لن تنالهما شفاعتي، أو لن أشفع لهما، أمير ظلوم غشوم عسوف، وكلُّ غال ومارق**".

[3] رينهارت بيتر دوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة محمّد سليم النعيمي، وزارة الثقافة والاعلام، الجمهورية العراقيّة، الطبعة: الأولى، من (من 1400هـ إلى 1421هـ) (من 1979م إلى 2000م)، ج7، ص206.

[4] أبو القاسم محمود بن عمرو بن احمد الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمّد باسل عيون السود، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1419هـ_1998م، ج1، ص652.

فلانًا: ظلمه، أخذه بالقوَّة والعنف، وجار عليه وعسَف الحاكمُ شعبَه فثار عليه، وعسَف في الأمر: فَعَلَهُ بِلَا رَوِيَّةٍ ولا تَدَبُّرٍ وتعسَّف في الأمر: ظلمَ وجارَ واستبدَّ.

وكما يطلق التعّسف على الفعل، فإنّه كذلك يُطلق على القول والرأي، مما يكون في الأصل معنوياً.

فيقال تعسَّف في الكلام، بمعنى[1]:

1_ عسَف فيه، أي فَعَلَهُ بلا رويّة ولا تدبُّر ومن ذلك "آراء متعسِّفة."

2_ حمله على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة "تخريج متعسَّف فيه".

ثانيا: تعريف التعسف في الفقه الإسلامي:

لم يرد في الفقه الإسلامي مصطلح **"التعسف"** في عبارات الفقهاء وإنّما استعمل بعض الفقهاء بدلا منه لفظ **"المُضارَّة"** كما جاء في الطرق الحكمية في السياسة الشرعيّة[2]، وهذا التعبير قد اختاره العديد من الفقهاء، ذلك أنّ هذا المصطلح حديث لم يعمد السابقون إلى تعريفه، ولم تستدع دراساتهم بيان مفهوم هذا المصطلح إذ أنّهم لم يحتكوا بالأحكام والقضايا التي تستلزم تعريف هذا المصطلح وأصل هذا التعبير ما جاء في القرآن الكريم عن أحكام الوصيَّة عند تنفيذها إذا لم تكن فيها مُضارّةٌ لأحد، حيث **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ﴿١٢﴾ ﴾[3].

والتعبير بلفظ المِضارة في اعتقادي جاء من لفظ " الضّرر"، لقوله صلّى الله عليه وسلّم:" **لا**

[1] أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الرياض، السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م، ج2، ص1498.

[2] انظر: أبي عبيد الله محمّد بن أبي بكر بن القيّم الجوزية، الطرق الحكميّة في السياسة الشّرعيّة، دار الكتاب العلميّة، لبنان، د: ط، د: ت، ص310.

[3] النساء. الآية {12}.

ضرر ولا ضرار".[1]

ثالثا: تعريف التعسف في القانون.

يطلق أغلب **القانونيين** على التعسف عدّة ألفاظ، منها التعدّي والانحراف[2]، والاستغلال...وغيرها. ولم يعتنوا بإعطاء مفهوم للتعسف كمصطلح منفرد، وإنّما عرّفوه كمركّب مع عدّة مصطلحات، ومنها "التعسف في استعمال الحق"، وهو ما سيكون موضوع بحثنا فيما يأتي.

وقد ورد مصطلح التعسف في القانون المدني الجزائري في ستٍّ مواد منه ولم يُعرَّف في أيٍّ منها، فالمقنن الجزائري لم يهتم بإعطاء تعريفٍ للتعسف بل اكتفى باستعماله فقط.

ومما ينبغي الانتباه له هو أنَّ القانون الفرنسي والذي ازدهرت هذه النظريّة في ظلّه، يطلِق عبارة:" Abus de droit" على نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد تأثر الفقه الفرنسي بالمذهب الفردي الذي كان لا يقبل أيّ قيد للمالك في استعمال ملكه تحت قاعدة:" أنّه لا يمكن أن ينسب للشّخص وهو يستعمل حقّه أيّ خطأٍ"، وقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المذهب، ففي بداية القرن 19 كان يعتبر الفقه الفرنسي أنّ جميع الحقوق مطلقة ومن يعمل في حدود حقّه لا يمكن أن يسأل مهما كان الضّرر الذي يصيب الغير نتيجة ذلك ولكن بعد بزوغ هذه النظريّة وتطوّرها لقيت تأييدا واسعاً من الفقه والقضاء الفرنسي، وبعد أن كان القضاء الفرنسي يشترط توافر الخطإِ العمدي من طرف المتعسّف أي: أن يكون قصد الإضرار بالغير، أصبح

---

[1] أخرجه أبو الحسن بن عمر بن أحمد بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب المرأة تُقتل إذا ارتدّت، دار الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2004م، رقم الحديث: 4541، ج5، ص408.وحديث "**لا ضرر ولا ضرار**" هو قاعدة من القواعد الشّرعيّة العظيمة، حيث يقول بعض أهل العلم: أنّ هذه القاعدة هي نصف أدلّة الفقه، والضّرر المقصود هنا يشمل جميع الضّرر الذي يصيب الإنسان، بمعنى الشدّة والمشقّة والعناء والجهد، ولهذه القاعدّة عدّة تطبيقات شرعيّة. أنظر: محمّد بازمول، القواعد الفقهيّة الخمس الكبرى، دار المحسن، المحمّديّة، الجزائر، الطبعة: الأولى، د: ت، ص86 – 87.

[2] أنظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسّسة الرِّسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، 1408هـ_1988م، ص349.

يعتبر الفعل تعسّفا كلّما ترتّب عليه ضررٌ أصاب الغير أولم تتوفّر لصاحب الحقّ مصلحةٌ من استعماله، والحقيقة أنّ الترجمة الحرفيّة لكلمة Abus تعني: "الإساءة" ولا تعني التعسف، ويشيع هذان اللّفظان في الاستعمال، وكثيرا ما تستخدم اللّفظة الأولى: "التعسف" عند الحديث عن الحقوق، أمّا لفظة "إساءة"، فكثيرا ما يستخدمها القانونيون بصفة خاصّة في المجال الإجرائي[1].

رابعا: تمييز التعسف عمّا يشابهه من مصطلحات:

1_ تمييز التعسف عن الخطأ: لقد أعطى الفقهاء ورجال القانون[2] عدّة تعريفات للخطأ، أهمّها أنّهم عبّروا عنه بالانحراف عن السلوك المألوف للشَّخص العادي مع إدراكه لهذا الانحراف.[3] ويتفق الخطأ بهذا المفهوم مع التعسف في بعض النِّقاط لكنَّه يختلف عنه في أمور عديدة أهمُّها: أنّ الخطأ يرتكز في أصله على ارتكاب فعل غير مشروع، في حين أنّ التعسف يرتكز في عُمقه على مصلحةٍ مشروعة تجاوز صاحبها الحدود المعقولة وأَلْحَقَ الضَرَرَ بالغير.

2_ تمييز التعسف عن المجاوزة: يعرّف التجاوز بأنّه:" الخروج عن حدود الحقِّ التي رسمها القانون لذلك الحق.[4] كتجاوز المالك لحدود ملكه، أمّا التعسف فيُفهم منه أنّ الشَّخص لا يتجاوز نطاق حقِّه بل يستعمله في الحدود التي رسمها له القانون، ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير، وهذا التمييز له أثرٌ في النتائج المترتبة على كلٌّ منهما، فتجاوز الحدود الشرعيّة للحق يُخرجه عن كونه حقًّا، أمّا التعسف فإنَّه لا يُخرج الحقَّ عن أن يكون حقًّا،

---

[1] انظر: عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف، الرياض، المملكة العربية السعوديّة، 1431هـ_2010م، ص67.

[2] من الفقهاء: ابن رجب والجرجاني، ومن القانونيين: الأستاذ: مصطفى الزرقا وعبد الرزاق السنهوري، والفقيه الفرنسي: بلانيول.

[3] انظر: عبد الرزَّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني –نظرية الالتزام بوجه عام–مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج1، ص779.

[4] بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونيّة، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، الطبعة: الخامسة، 1429هـ_2008م، ص110.

والتجاوز يكون في حال تعدّي الشخص حدود ملكه إلى ملك غيره، أمّا التعسف فليس فيه تعدٍّ على حقِّ الغير، ولكن يستعمل الشَّخصُ حقَّه على وجه غير مشروع.[1]

3_ تمييز التعسف عن التعدِّي: يعرّف التعدّي في اللّغة: بأنه الذّنب أو المعصية أو تجاوز الحد[2]. أمّا اصطلاحا فيُعرَّف بأنّه كلُّ فعل ممنوع شرعا أو قانونا، سواءٌ وقع على نفس أو مال أو غيرهما[3]. وقـد عرّف الإمام الماوردي[4] التعدّي في الشّرع بقوله:" أنّه محظور شرعي زجر الله تعالى عنه بحدٍّ أو تعزير، ويكون إمَّا بإتيان منهيٍّ عنه أو ترك مأمور به"[5]. وهو أيضاً يشمل القصاص مع أنّه لم يُذكر في هذا التعريف، ويراد به عند الفقهاء معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحقّ، وضابطه هو انحرافٌ عن السلوك المألوف للإنسان المعتاد، وقد وضع المقنن الجزائري ما يتعلّق بحالات التعدّي ضمن مواد قانون العقوبات ولم يدرجها ضمن مواد القانون المدني، ويظهر الفرق بين التعسف والتعدّي في أنّ تصرُّف الشَّخص واستخدامه لحقِّه في موضعٍ يُؤدِّي به إلى الإضرار بغيره يعدُّ تعسفا فيُمنع مآلا، أمّا التعدِّي فهو فعل غير مشروع أصلا، قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴿٨٧﴾ ﴾.[6] ففي الآية الكريمة نهي من الله عزّوجل على التعدّي الذي هو إتيان الأمر غير المشروع، أيّا كان نوع هذا التعدي.

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونيّة، مصر، د: ط، 1430هـ_2009م، ص 241.

[2] زين الدّين أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق ج1، ص203.

[3] أحمد أبو سنّة، النظريّات العامّة للمعاملات في الشريعة الإسلاميّة، دار التأليف، مصر، د: ط، 1387هـ_1967م، ص57.

[4] هو علي بن محمّد حبيب **أبو الحسن الماوردي** (364هـ_450هـ) - (974م_1058م)، أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد. وولي القضاء في بلدان كثيرة، ونسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد. انظر: عثمان بن عبد الرحمن المعروف بـ: ابن الصلاح، طبقات الفقهاء الشافعيّة، تحقيق: محي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت لبنان، الطبعة: الأولى، 1992م، ج2، ص636.

[5] أبي الحسن عليُّ بن محمّد الماوردي، الأحكام السلطانيّة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، د: ط، ص211.

[6] المائدة الآية {87}.

خامسا: تعريف التعسف في استعمال الحق كمركب اصطلاحي.

إنّ مسألة التعسف في استعمال الحقِّ قد أسالت حِبرا كثيرا في مجال البحث والتأليف، ففي جانب الفقه الإسلامي وفق ما قرّرناه سابقا من كون مصطلح التعسف أو الإساءة في استعمال الحقّ لم يكن معروفا بهذه التسمية لدى الفقهاء القدامى، سوى أنّهم استعملوا بعض المصطلحات المتعلّقة به في مؤلّفاتهم، تحمل معانٍ مقارِبة لهذا المصطلح فمثلا نجد من اصطلح عليه بلفظ الاستعمال المذموم، وهذا موجود عند الإمام الشاطبي[1] رحمه الله تعالى في سياق كلامه على استعمال المباح حيث قال:" فلم يزل أصل المباح وإن كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم"[2]. كما اعتبره من باب التعدّي بطريق التسبب[3]، وهذا مفهومُ كلامه في تأصيله لمبدأ التعدِّي.

1_ التعريف الفقهي للتعسف في استعمال الحق:

وقد عرّف المعاصرون من فقهآء الشريعة التعسف في استعمال الحقِّ بتعاريف عديدة لا تخلوا من النقص وعدم الدقّة على حسب اطلاعي، باستثناء تعريف الدُريني والذي يُعدُّ من أدقِّ التعاريف وأقربها إلى تصوير مفهوم التعسف في استعمال الحق، حيث عرّفه بأنّه:" مناقضة قصد الشارع في تصرُّف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".[4] وهذا التعريف هو الذي سنستند إليه في هذا البحث لأنّه الأقرب إلى الصواب في التعبير عن مفهوم التعسّف.

أ_ بيان محترزات التعريف:

قوله مناقضة قصد الشارع: وذلك بأن يستعمل الحقَّ لمجرَّد الإضرار بالغير أو إسقاط ما

---

[1] هو **إبراهيم بن موسى بن محمّد اللُّخمي** الغرناطي الشهير بالشاطبي المتوفى سنة 790هـ _ 1388م: أصولي حافظ. من أهل غرناطة. كان من أئمة المالكية، من كتبه (الموافقات في أصول الفقه)، و (المجالس) وغيرها، انظر: شجرة النور الزكيّة في طبقات المالكيّة، دار الكتب العلميّة، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2003م، ج1، ص331_332.

[2] الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3، ص 507.

[3] المرجع نفسه، ج3، ص56.

[4] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص54.

أوجبه الله تعالى، فالحقوق في الشريعة الإسلاميّة هي مِنْحةٌ من الله عزّوجل للعبد وليست صفةً طبيعيّة للإنسان، وبالتالي هي مقيَّدة بقيود شرعيَّة يجب التزامها، ومن بين هذه القيود أنّ الحقوق في الشريعة الإسلاميّة وسيلة لتحقيق غايات هي المصالح المشروعة واستعمالها مقيَّدٌ بتحقيق تلك المصالح، فإذا استعملت في غير ما شُرعت له كان ذلك الاستعمال تعسُّفيّا مناقضا لقصد الشارع فيما شرعه من تلك الحقوق.[1]

قوله في تصرُّف: معناه في أي تصرّف كان، والتصرُّفات نوعان: قولي كالعقود، وفِعلي كاستعمال حقِّ الملكيّة، وكلٌّ منهما قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبياً.

قوله مأذون فيه شرعا بحسب الأصل: فهذا قيد تُخرج به التصرّفات غير المشروعة في ذاتها، لأنّ إتيانها، يُعدُّ اعتداءً لا تعسُّفاً، فالتعسُّف مُنحصرٌ في التصرُّفات داخل حدود الحقِّ.[2]

وقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف في استعمال الحق بناءً على اختلاف نظرتهم إلى طبيعته، فمن رجال القانون من يرى أنّ التعسف في استعمال الحق هو خروج عن حدود الحقِّ، ومن هؤلاء الفقيهان: سالي: Saleilles، وبلانيول planiole ، وقد بنو تعاريفهم على فكرة عدم تصوُّر وجود التعسف في استعمال الحقوق إنّما هو خروجٌ عن حدود الحق، لكنّ هذا الرأي مردود، وقد عقّب عليه فقهاء القانون بقولهم:" أنّه لا مانع مطلقاً من أن يكون عمل الانسان مشروعاً، أي مُرتكزا على حق، كحقِّ الملكيَّة، وداخلا في نطاقه وحدوده التي رسمها القانون، وغيرَ مشروعٍ بمعنى مخالفةُ المبادئ والقواعد القانونيّة".[3]

2_ التعاريف القانونية للتعسف في استعمال الحقِّ.

ومن التعريفات القانونيّة للتعسف في استعمال الحق ما يلي:

---

[1] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار البشير، عمان، الطبعة: الأولى، 1417هـ_1997م، ص23.

[2] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص90.

[3] المرجع نفسه، ص314.

أـ تعريف التعسف في استعمال الحق باعتباره موضوعٌ مُستقِلٌّ عن مجاوزة الحق: فعرّف بأنّه:" تخلُّف عن غاية الحق أو مناقضتها".[1] وعرِّف أيضاً بأنّه:" انحرافٌ صاحب الحقِّ في استعماله عن غاية الحق".[2]

ويُنتقد هذان التعريفان من ناحية كونهما يركّزان على الفكرة العامّة للتعسف، من انحراف أو تخلُّف عن غاية الحقِّ، لكنّ هذه الفكرة التي يُقدِّمانها تبقى قاصرةً عن إعطاء مفهوم شامل ومُحدّدٍ لمفهوم التعسف في استعمال الحق.

بـ تعريف التعسف في استعمال الحق بالنظر إلى الضرر الذي يلحق الغير من جرّاء استعمال الحق: فعُرِّف بأنّه:" استعمال الشخص لحقٍّ له يَنشأ عنه ضرر بالغير".[3]

وعرِّف أيضاً بأنّه:" استعمال الحقِّ على نحو يضرُّ بالغير وذلك إذا قصر على عناية الرجل العادي".[4]

ويمكن نقد هذه التعاريف في كونها ركّزت على الضرر الناجم عن استعمال الحق، وأهملت بيان حقيقة التعسف ومضمونه، كما أنّ التعبير بمقياس الرجل العادي ليس في محلّه، إذ يُمكن أن يتوافر التعسف كلّما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخلَّ بواجب الحيطة واليقظة المفروض توفرهما في الرجل العادي.

الفرع الثاني: علاقة التعسف بغاية تشريع الحقوق.

إنّ الفقه الإسلامي بما يتميّز من أصالة ودقّة نظرٍ، لا يخضع في أيّ جانب من جوانبه

---

[1] حسن كيرة، المرجع السابق، ص723.

[2] انظر: جميل فخري جانم، مُتعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار حامد، الأردن، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م، ص147.

[3] عبد الواحد عبد الكرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الهيئة العامّة لشؤون المطابع، مصر، د: ط، 1416هـ_1995م، ص123.

[4] معجم القانون، مجمع اللُّغة العربيّة المصري، مصر، د: ط، 1420هـ_1999م، ص1264.

للإرادة الإنسانيّة المتغيّرة وفق النوازع والأهواء، بل هو فقه يستند إلى أصول تشريعية سماوية مستقرّة في كتاب الله تعالى وسنَّة رسوله صلّى الله عليه وسلّم، حيث أنّه يستجيب لسُنَّة الحياة في التطوُّر ضمن إطار التنظيم التشريعي العام للمُجتمع الإسلامي، فهو ثابت في أصله العام ومتغيِّر في فروعه المختلفة، فهو يرتدُّ إلى أصول ثابتة تحفظ مقاصد التشريع وتصون القيم الأساسيّة للحياة الإنسانيّة من حِفظ الدِّين والنّفس والمال والنّسل والعقل[1]، وهذا ما جعله يحتلُّ مراتب الصدارة في مجال البحث، ذلك كونه يشكِّل مَرْجَعاً خَصْباً للباحثين يُمَكِّنُهُمْ من صياغة نظرياتٍ فقهيّة ذات معاييرٍ منضبِطةٍ كنظريَّةِ الحق مثلا.

أوّلا: نظرة الشريعة للغاية من تشريع الحقوق:

ينظرُ الفقه الإسلامي إلى الحقوق نظرةً دينيّة لذلك قسَّمها على أساس ديني كما رأينا سابقا، ذلك أنّ الفرد في نظر الشريعة الإسلامية هو مكلَّف مسؤولٌ ذا حقوقٍ وواجبات، وهذا لا يعني أنّه مستقلٌّ عن الجماعة، بل هو مُرتبطٌ بالجماعةِ ارتباط التعاون والصَّالِحِ العام، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ ﴾.[2] وبذلك يكون مُلزماً إيجابيا بالتعاون على الخير المشترِك وملزمٌ سَلباً بتجنّب الإثم والفساد والإضرار، فالحقّ في الشّريعة الإسلاميّة مُجرّد وسيلةٍ لتحقيق غايةٍ وهي الحِكمة أو المصلحة التي شُرع من أجلها الحق، فاستعمال الحقِّ في غير ما شُرِع من أجله تعسُّفٌ، ولأجل ذلك قرّرَ العديد من العلماء:" بأنَّ كلَّ حقٍّ فرديٍّ مشوبٌ بحقِّ الله تعالى وحقُّ الله هذا هو المحافظة على حقِّ الغير فردا كان أم جماعةً"[3]. أي أنّ المحافظةَ على حقِّ الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب، لأنّ هذا مقرّرٌ لدى جميع الشرائع والتنظيمات بل وعلى التعسف في استعمال هذا الحق أيضاً إذا ترتب عليه ضرر للغير، وهذه القاعدة تُعتَبَرُ من القواعد العامّة التي يقوم عليها التشريع

[1] انظر: فتحي الدريني، المرجع السابق، ص126.

[2] المائدة الآية {2}.

[3] انظر: الشاطبي، المرجع السابق، ج2، ص546.

الإسلامي في مُجْمَلِهِ، ولقد حكّمها الأئمّة المُجتهدون في سائر التصرّفات كالمعاوضات والتبرُّعات، وكذا في الباعث غير المشروع الذي يحرِّك إرادة الفرد إلى إنشاء مختلف التصرّفات.

فالفقهاء يبطلون كلَّ تصرُّفٍ انحرف به صاحبه مُجاوزا المقصد الشرعيِّ الذي من أجله شُرِع، لأنّ في تنفيذه تعاونا على الإثم والعدوان، وهذا قيْدٌ عام يَرِد على صور استعمال الحقوق، وممَّا يؤيِّد هذه الصورة في وجهها السلبي، قوله صلى الله عليه وسلّم:" **لَا ضَرَرَ ولَا ضِرَار**"[1]. ومعنى هذه القاعدة كما ذكرنا سابقا أنّ الفرد لا يعتدي على غيره ولا يحقّ للغير ردّ الاعتداء باعتداء مثله إلّا في حال الدفاع الشرعي.

أي الاعتراف بوجوب ترتيب المسؤوليّة على الفرد الذي أساء استعمال حقَّه فأضرَّ بالغير، وفي نفس الوقت فإنّ الشريعة الإسلاميّة لا تعتبر الفرد مجرّد آلةٍ اجتماعيّةٍ تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشّخصيّة، فهي تجعله من الناحية العمليّة أهلا للتملُّك والتعاقد، ودلّت على ذلك الآيات الكريمة، مثل قوله تعالى:﴿ وَٱبۡتَغِ فِيمَآ ءَاتَىٰكَ ٱللَّهُ ٱلدَّارَ ٱلۡأٓخِرَةَۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنۡيَاۖ وَأَحۡسِن كَمَآ أَحۡسَنَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَۖ وَلَا تَبۡغِ ٱلۡفَسَادَ فِي ٱلۡأَرۡضِۖ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُفۡسِدِينَ ﴾ [2]. وكذلك في قوله تعالى:قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ٢٥﴾[3].

هذا وإن القول بمسؤوليّة الفرد قبل الجماعة مرجعها أنّه مكلّفٌ برعاية مصالحها كما هو مسؤول عن تحصيل مصلحة نفسه وله الحرّية في تحقيق مكاسب شخصيّة خارج مصلحة الجماعة، مع اعتبار أنّ حقّ الجماعة على الفرد ألّا يعبث بمصالحها تحت سِتار ما مُنِحَ له من حقوق، وأيّدت الشريعة الإسلاميّة هذا الحق بأن أقامت من الجماعة نفسها رقيباً على تصرّفات الفرد وقوّةً مانعَةً له من إحْداث الأضرار بها قبل أن يقع الفساد وهذا مُستَخْلَصُ من قوله صلّى

---

[1] الحديث سبق تخريجه.

[2] القصص الآية {77}.

[3] المعارج الآية {24_25}.

الله عليه وسلّم في حديث السفينة:" **مَثَلُ القَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالوَاقِعِ فِيهَا، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلاَهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ المَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا، فَإِنْ يَتْرُكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا، وَنَجَوْا جَمِيعًا**"[1].

ففي هذا الحديث دليل واضح وبرهان صادق على وجوب كفِّ أيِّ تصرُّف ولو بحسن نيّة يؤدِّي إلى الإضرار بالجماعة، ومن هنا يُمكن القول أنّ التشريع الإسلامي يَعْمِد إلى إقامة التوازن بين المصالح المتضاربةِ أيّا كان نوعها من مظاهر التعسف بدرئه، وبهذا تعكس لنا القيمة المحوريّة التي يدور عليها التشريع الإسلامي والمتمثِّلة في حقِّ الفرد وحقِّ المجتمَع، فالحقُّ في الشريعة الإسلاميّة لا يعدوا كونه ميزةً لصاحبه أوّلا، ثمّ يكون بعد ذلك عُنْصُراً اجتماعيا ودينياًّ، وعليه فإنَّ للفرد صفةً مُزْدَوِجَةً إحداها تُعبِّرُ عن طموحاته وتطلُّعاته وهي الصفة الفرديّة، والأُخرى تمثِّل جانب التعاون والتكافل في ظلّ الشرع مع أقرانه من أفراد المجتمع وهي الاجتماعيّة، وهذه الصفة المزدوجة من الفرديَّة والاجتماعيّة ستنعكسُ حتما على حقوقه.

ثانيا: النظرة القانونيّة لغاية تشريع الحقوق:

إنّ الحقوق مُنِحت لأصحابها كي تُمَارَس بكلِّ طلاقةٍ وحرِّيَّة، وأنّ هذه الممارسة محميّةٌ ومُصانةٌ من جهة القانون مادامت لا تتعارض مع مصالح الآخرين من جهة، ومن جهةٍ أُخرى أنَّ الحقَّ الفردي يبْقى على أصله مطلقا كونه لا يتعارض مع حقوق الآخرين، وإن حدث وتعارض الحقّ مع المصلحةِ الجماعيّة كأن يؤدِّي استعمال هذا الحقِّ إلى أضرارٍ تزيد على ما سيعود على الفرد من نفعٍ، جاز في هذه الحال تقييد صفةِ الفرديّة المطلقة للحقِّ بما يُحقِّق المعنى

[1] محمّد بن إسماعيل أبو عبد الله البُخاري الجعفري، الجامع المسنَدُ الصَّحيح، كتاب الشَّرِكة، باب: هل يُقرعُ في القسمة والاستهام فيه، تحقيق محمّد بن ناصر النَّاصر، دار طوق النّجاة، دمشق، سوريا، الطبعة: الأولى، 1422هـ_2002م، رقم الحديث: 2493، ج 3، ص139.

الاجتماعي لنفس الحق.

والمصلَحةُ الفرديَّة إذا نتجت عنها مفسدةٌ مُساوية أو راجحة، تفقدُ ميزَتها في هذه الحال، ومن باب أولى تفقد هذه الميزة إذا تعارضَت مع مصلحةٍ عامَّة، لأنّ الحقَّ لم يُشرَّع ليكون مصدرا للإضرار بالآخرين، بل شُرِع كي يُحقِّقَ النفع لصاحبه دون إلحاق الأذى بالغير[1].

فإذا استعمل الفردُ حقَّه ولو استعمالا معتاداً قصد تحقيق مصلحته الخاصَّة وكانت هذه الأخيرة مشروعةً في ذاتها كونها تستندُّ إلى حقٍّ ولكنّها في نفس الوقت تَعارضَت مع مصلحةٍ أخرى هي أجدرُ بالاعتبار في نظر القانون، اعتبر الفرد هنا قد انحاز في استعمال حقِّه عن الغاية المرجوّة منه، وبالتالي ناقضَ الغايةَ التي من أجلها مُنحت الحقوق.

وهذه القاعدة عامّة تطبَّق على جميع الحقوق حتَّى التي تتَّسم بالأنانيّة، كحقِّ الملكيَّةِ العقاريّة، وحقِّ الدَّائن على المدين بمُتابعته وإجباره على دفعِ دَيْنِهِ، فاعتراف المجتمَع بمثل هذه الحقوق ليس على سبيل المجاملة أو على أساس توليد الطبقية بين الأفراد، ولكن جاء هذا الاعتراف للحفاظ على هذه الحقوق للمصلحةِ العامّة فقط، وبالتالي تهدرُ الصفة الفرديّة للحق من جهة، ومن أجل ضمان الصّالح العام من جِهة أُخرى، وذلك بوضع الأنانيات الفرديّة في خِدمةِ المجتمع[2].

فلو كان القانون مِحوراً تقنينيّاً للفرد الخالص دون النّظرِ إلى المعنى الاجتماعي للحقِّ لكان الحقُّ الفردي غايةً في ذاته، وإذا كان كذلك فالتصرُّف فيه يكون مطلقاً لا يحدّه إلّا ما يخلُّ بالآداب العامّة، وكذلك إذا كان محور التقنين مصلحةُ الجماعة، فالفرد يُصبِحُ في نظر هذا التقنين آلةُ اجتماعية لا تعمل لمصالحها، بل لغيرها أو بعبارةٍ أخرى يُصبِحُ مجرّد موظَّفٍ يعملُ لتحقيق المصلَحةِ العامَّة.

وعليه لا بدَّ من تصوُّرٍ معتدلٍ ومتوازن للحقوق لا يجعلُ منها أداةً في يد الفرد يتصرّف

[1] أنظر: فتحي الدُريني، الحقُّ ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص22.

[2] Louis jesserand. Essai De Théologie Juridique ; L'esprit Des Droits Et Des Leurs Relativité. Théorie Dite De L'abus Des Droits. Paris Librairie Dalloz. 1937. P 30.

فيها بإطلاقٍ كيفما يشاء، فالفرد مسؤولٌ عن تحصيل مَصلحةِ نفسِهِ وفي نفس الوقت هو مكلّفٌ برعايةِ مصالح الأخرين أفرادا كانوا أم جماعاتٍ، كما عليه ألا يعبث بمصالح هؤلاء تحت مبرِّرِ ما مُنِح له من حقوق، وإلّا اعتُبر في حال تعسُّفٍ في كونه خرج عن الغاية التي شُرِع من أجلها الحقُّ[1].

وأخيرا نستخلصُ أنّ الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان في غاية تشريع الحقوق، على مبدأٍ حِمايَةِ المصلَحةِ المشروعة، إلّا أنّ نظرتهما قد تختلف في تحديد ماهيّة ومضمون هذه المصالح المشروعة، وبهذا يكون الحقُّ مُحصَّناً ومصونًا، فإذا انعدمت المصلَحةُ المشروعة لم يُعترف بها وسقطت عنه الحِماية، وبناءً على ذلك فإنّ الإقرار باختصاص صاحبِ الحقِّ واستئثارِهِ بموضوع الحقِّ واستعماله له ليس مُطلقًا، وإنّما مقيَّدٌ بمشروعيَّةِ المصلحة، فالقانون لا يحمي الصلة القائمة بين صاحب الحقِّ والمِصلحةِ غير المشروعة، لأنّها تُصبح بلا قيمة وليست هي المصلحةُ التي خوَّلها القانون للحقِّ.

وعليه فإنَّ ما شُرِع من المصالح الجُزئيَّة للأفراد تفقِد صفةَ مشروعيّتِها إذا تعارضت مع مصالح فرديّة أخرى هي أحرى بالاعتبار، وهذا يبدوا جليّا في الفقه الإسلامي والقانون بمنع استعمال المالك عقاره إذا ما كان يضُرُّ بجاره ضررا فاحشاً، وكذلك إذا تعارضت المصالح الفرديّة مع المصلح العامّة، وعليه تظهر صلة هذه الحقوق بنظريّة التعسف، لأنّ تقييد المصلحة الفرديّة لا يتنافى مع تعاليم الشّريعة ومبادئها العامّة، ومقاصدها الأساسيّة، أو ما عبّر عنه فقهاء القانون بكون المصلحة محميّة، وهذا هو معيار نظرية التعسف وأساسها الذي تُبنى عليه كما سنرى لاحقاً[2].

---

[1] عبد الرحمان مجوبي، التعسُّف في استعمال الحقّ وعلاقتُهُ بالمسؤوليّة المدنيّة، مذكّرة ماجستير، جامعة الجزائر كلّية الحقوق، 1426هـ_2006م، ص16.

[2] العربي مجيدي، نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ وأثرها في أحكام الأُسرة، المرجع السابق، ص28-29.

ونخلص بذلك إلى أنّ الشّريعة الإسلاميّة هي الأساس الذي يمارس الحقُّ في إطاره، وهي الميزان الذي يزن تصرُّفات العباد في حقوقهم، والحقُّ إنَّما نشأ بحكم الله هِبةً ومِنحةً منه تعالى، وحتّى الحقوق التي تقرّرت لأصحابها بأسباب جعليّة مردُّها إلى حكم الله أيضاً، لأنّ السبب لا يُؤثِّر في وجود الحقِّ إلّا بِجعل الله تعالى.

المطلب الثاني:

طبيعة التعسف والمسؤوليّة النّاجمة عنه.

رأينا أنّ التعسف لا يَنْشَأُ لولا وجود الحق، فهو مرتبط به من ناحيتين: **الأولى**: وهي أنّه لا يمكن تصوّر حدوث التعسف إذا لم يكن للمتعسِّف حقٌّ ثابت، لأنّه لولا ذلك لكان متعدّياً أو مُخطئاً، وليس متعسِّفا في استعمال حقِّه، فالتعسف يقتضي وجود حقٍّ شرعيٍّ وقانوني، و**الثانية**: أنّه لابد من وجود حقٍّ للطرف الأخر، إذ أنّ لكلّ حقٍّ غايات وأهداف لا بد للغير احترامُهَا والالتزام بِعَدَمِ انتهَاكِهَا مهما كان هذا الحق تافها أو غير مُلْتَفَتٍ إليه، لذلك تترتب عليه مسؤولية على حسب فعله، والتعسف إنّما ندرسه من جانب المعاملات المدنية لذلك نوع المسؤولية المقصودة هنا هي المسؤولية المدنيّة وهذا ما سنتحدّث عنه من خلال فرعين:

الفرع الأوّل: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف.

الفرع الثّاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأوّل: المسؤوليّة المدنيّة الناجمة عن التعسف.

إنّ المسؤوليّة المدنيّة عموما ماهي إلّا ذلك الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدةٍ من قواعد السلوك، ويختلف هذا الجزاء باختلاف نوع القاعدة المخلّ بها، فإن تعلّق الأمر بقاعدةٍ جزائيّة تكون المسؤولية الناجمة عن هذا الإخلال مسؤوليّةً جزائيّة، وإن كان الإخلال بقاعدةٍ مدنيَّة تكون المسؤوليّة مدنيَّة ويتمثل الجزاء حينئذٍ الالتزام بدفع التعويض، والتعسف في استعمال الحقِّ عموماً يدخل ضمن نطاق المسؤوليّة المدنيّة.

فالمسؤوليّة المدنيّة هي مجموعة القواعد التي تُلْزِمُ من ألحق ضررا بالغير بجبر هذا الضَّرر، وذلك عن طريق تعويضٍ يُقدِّمه للمضرور، سواءٌ كان نتيجَةَ الإخلال بالتزامٍ سابق، رتَّبه العقد وهذا ما يُعرف بالمسؤوليّة العقديّة، أو كان نتيجة الإخلال بالتزام سابق رتّبهُ القانون،

والمتمّثّل في عدَمِ إلحاق ضرَرٍ بالغير وهذا ما يُعرف بالمسؤوليّة التقصيريّة[1].

أوّلا: المسؤولية العقديّة.

المسؤولية العقدية هي: جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو التأخر فيها، وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا، فيكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالالتزام الناشئ عنه ممكنا، بحيث لا يكون لأيّهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائيا وبصفة مطلقة[2]، كون أن العقد هو شريعة المتعاقدين حسب نصّ المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:" العقد شريعة التعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلّا باتفاق الطرفين..."[3]، فلا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا إلى اقتضاء التعويض، كما لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض تعويضاً عنه، كون أن المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزام الناشئ عن العقد الذي أبرمه و لا صلة لها بالتنفيذ العيني للالتزام[4].

1_ نطاق المسؤوليّة العقديّة.

ونعني به المجال الذي تقوم فيه المسؤولية العقدية، أو بطريقة أخرى نعني به شروط المسؤولية العقدية كما يسمّيها البعض، ومن الفقهاء من يدرجون نطاق المسؤولية في شرطين أساسيين ألا وهما: وجود عقد صحيح، والإخلال بالتزام عقدي، غير أن هناك من الفقهاء من أضاف

---

[1] عبد الرزّاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760.

[2] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د: ط، 1419هـ_1999م، ج1، ص262 _263.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] ، العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص 264 – 266.

شرطا ثالثا، وهو: قيام المسؤولية العقدية في إطار عقدي، وهناك من زاد ضرورةَ وجود علاقة سببيّة بين الاخلال بالالتزام والضرر الناشئ، وهذه الشروط اجتهادية على حسب آراء فقهاء القانون.

أ_ وجود عقد صحيح.

فلا يمكن الادعاء بالمسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين الأطراف وأن يكون هذا العقد صحيحا، أما إذا لم ينعقد العقد بعد كأن يتضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات مثلا،[1] فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية، ولا تطبق كذلك المسؤولية العقدية إذا كان العقد منعدمًا أصلا بين المسؤول والمضرور، كأن يقدّم أحدهما خدمة للثاني من باب الإحسان أو المجاملة[2]، ولا مجال للمسؤولية العقدية إذا كان العقد باطلا أو قابلاً للإبطال وتقرر إبطاله، وليس أمام المضرور إلا المسؤولية التقصيرية، كما تستبعد المسؤولية العقدية في حالة الضرر الذي يصيب الأطراف بعد انقضاء الرابطة العقدية بسبب فسخها أو لأي سبب آخر.

إلا أن هناك حالات يبقى فيها أحد الأطراف حتى بعد انتهاء العقد ملزما للآخر بسلوك معين، إذ يظل العامل ملزما بالحفاظ على أسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انتهاء عقد العمل، ويظل الطبيب ملزما بعدم إفشاء أسرار مريضه...إلى غير ذلك، ففي هذه الحالات وما يشابهها تكون المسؤولية عقدية فيها إذا كان العقد ينص على هذا الالتزام حتى بعد انتهاء العقد[3].

ب_ الإخلال بالتزام عقدي.

---

[1] فكلّ عقد من العقود يمرّ بمراحل معيّنة قبل إبرامه، وتسمّى بالمفوضات، أنظر: غنيّة كرّي، نظريّة الالتزام، دار قرطبة، المحمديّة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1428هـ_2007م، ص17_ 18 _19.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، دار موفم، الجزائر، د: ط، 1422هـ_2002م، ج2، ص 18-19.

[3] حسن علي الذنون، ومحمد سعد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، 1422هـ_ 2002م. ج1، ص258.

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسؤول بالتزاماته العقدية، ونذكر في هذا الشأن أن هذه الالتزامات هي من وضع وتحديد المتعاقدين، غير أنّه بمقتضى الفقرة 02 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري الذي ينصّ على أنه:" ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام"[1]، فللمضرور أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمَّنَهَا العقد صراحة، وكذلك التي تدخل في دائرة التعاقد، لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية والعرفية، وكذا العدالة وطبيعة المعاملة، فمثلا: مسؤولية رب العمل عن ضمان سلامة العامل مسؤولية عقدية، كَوْن قوانين العمل تنص على هذا الضمان.

جـ_ قيام المسؤولية في إطار عقدي.

أي قيام المسؤولية في إطار العلاقة العقدية، ومعنى ذلك أن يكون المتعاقد المدين أو الغير إذا كان تابعا له، هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام، وهو الذي أخل بالالتزامات التي تحملها بموجب العقد من جهة، وأن يكون المتضرر وهو المتعاقد معه أي الدائن من جهة ثانية، ويستند هذا الشرط إلى مبدأ نسبية آثار العقد، و مفادها أن آثار العقد تقتصر على طرفيه، فلا تكسب الغير حقا ولا تُحَمِّلُه واجبا، ويجوز للمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان صريحا أو ضمنيا أن يطالب المتعهد بمسؤولية عقدية إذا امتنع أو تأخر عن تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها، كما يستطيع المستفيد من الدعوى المبَاشِرَة أن يدفع هو كذلك بالمسؤولية العقدية، وإذا تخلف شرط من الشروط الثلاث فلا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية بل تكون العبرة بالمسؤولية التقصيرية[2].

---

1 القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2 أنظر: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص20_21.

2_ أركان المسؤولية العقدية.

لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توافر الخطأ في جانب المدين، وأن ينجم عنه ضرر يصيب الدائن، وعلى هذا تكون أركان المسؤولية العقدية ثلاث، وهي: الخطأ العقدي، الضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أ_ الخطأ العقدي.

إن القانون المدني الجزائري يجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن النصوص القانونية التي تقيد هذا المعنى متعددة وكثيرة منها المادة 106: "العقد شريعة المتعاقدين"، المادة 107: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"[1]، والمادة 164 والتي تجبر المدين بعد إعذاره على حسب المادتين 180 -181 على تنفيذ التزاماته عينيا متى كان ذلك ممكنا، وعلى ذلك إن لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته العقدية، فإن الركن الأول للمسؤولية العقدية[2] يكون قد توفر إلا وهو الخطأ العقدي.

وقد نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري على القاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولا بمجرد عدم الوفاء، ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه وبين الوفاء، وبالتالي فإن هذه المادة هي التي تحكم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري.

ب_ الضرر.

الضرر هو الرّكن الثاني للمسؤولية العقدية، ذلك أن وقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيامها وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن حسب المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

والضرر هو الأذى الذي يلحق شخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء

---

[1] الأمر رقم 75_58 المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمّن القانون المدني المعدَّل والمتمّم.

[2] العربي بلحاج، النظريّة العامّة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص267.

كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو أدبية، والضرر روح المسؤولية المدنية وعِلَّتُهَا التي تدور معها وجودا وعدما، فلا مسؤولية مدنية دون ضرر مهما بلغت درجة جسامة الخطأ، والتعويض عن الضرر وفقا للمادة 176 من القانون المدني الجزائري يكون عن عدم تنفيذ الالتزام، وقد يكون عن التأخر في تنفيذه، والضرر نوعان: مادي: هو الذي يصيب الدائن في ماله أو في جسمه، أي ذلك الأذى الذي يلحق به خسارة أو يفوّت عليه كسبا، وهو الذي يمكن تقويمه بنقود[1]، والثاني ضرَرٌ معنوي أو أدبي: وهو الضرر الذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مادية، ومثاله الضرر الذي يصيب الإنسان في عاطفته أو سمعته كالسب والقذف، وهو نوع من الضرر يقع كثيرا في المسؤولية التقصيرية على خلاف وقوعه في المسؤولية العقدية، لأن العقد يقتضي إبرامه على شيء ذي قيمة مالية، غير أنه قد تكون للدائن مصلحة أدبية في تنفيذ العقد ويترتب الضّرر على إخلال المدين بالتزامه، مثل الضّرر الذي يصيب المريض نتيجة إفشاء الطبيب سرا لا يجوز إذاعته[2].

جـ_ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموما، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين، وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر، وهذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

والعلاقة السببية هي تلك الصلة التي تربط الضرر بالخطأ، فتجعل الضرر نتيجة للخطأ، فإذا انعدمت هذه الرابطة انتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها، ويقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام (أو الخطأ العقدي)، والضرر الذي لحقه، أما العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين، فهي مفترضة في نظر المقنن الذي يفترض

---

[1] إدريس فاضلي، الوجيز في النظريّة العامّة للالتزام، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر، د: ط، 1427هـ_2007م، ص145.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة: الأولى، (1427هـ_1428هـ) - (2007م _ 2008م)، ج1، ص316.

أن الخطأ راجع إلى الضرر، وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه وفي هذا المعنى تقرر المادة 176 من القانون المدني:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه"[1]، فالمادة 176 لا تتعلق في الحقيقة إلَّا بركن الخطأ، وتفترض أن استحالة التنفيذ رجع إلى سلوك المدين، ولا شأن لها على الإطلاق بعلاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي يظل إثباتها خاضعا للمبادئ العامة.

ثانيا: المسؤوليّة التقصيريّة.

تنشأ المسؤوليّة التقصيريّة عند مُخالفة التزام قانوني كالإتلاف مثلا، فالإنسان ملتزم قانونًا بِعدم الإضرار بالأخرين، كما تنشأ المسؤوليّة التقصيريّة في الشّرع كذلك بسبب مخالفة التزام شرعي، وقد عرّفها فقهاء الإسلام بعدَّة تعاريف، فمنهم من رأى أنّها:" عبارةٌ عن غرامة التالف"[2]، ومنهم من ربطها باحترام حقوق الإنسان، فعرفها بأنّها: "الالتزام بتعويض الغير عمَّا لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عدم الضرر الجزئي أو الكلّ الحادث بالنّفس الإنسانيّة"[3].

والعلَّة في مشروعية المسؤوليّة التقصيريّة هي الحِفاظ على حُرمة أموال الأخرين وأنفسهم، وجَبراً للضَّرر وقمعاً للعدوان وزجراً للمُعتدين.

وقد قسّم القانون المدني الجزائري في نصوصه القانونيّة، مثله مثل القوانين الأخرى، المسؤوليّة التقصيريَّة إلى ثلاثة أنواع:

---

[1] القانون المدني، المرجع السابق.

[2] محمّد بن علي بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيِّد الأخيار، تحقيق: عصام الدِّين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، 1413هـ_1993م، ج5، ص375.

[3] صبحي محمصاني، النظريات العامّة للموجبات والعقود الإسلاميّة، مطبعة الكشَّاف، بيروت، لبنان، د: ط، 1368هـ_1948م، ج1، ص211-212.

النّوع الأوّل: المسؤوليّة التقصيريّة عن الأعمال الشَّخصيّة، أي عن الأعمال التي تقعُ من الشَّخص نفسه دون تدخُّل الغير.

والنّوع الثاني: وهو المسؤوليَّة عن عمل الغير، وتنقسم إلى قسمين، الأوّل هو مسؤوليّة متولِّي الرّقابة وقد تناولت المادة 134 النّص على هذه المسؤوليّة، والثاني مسؤوليّة التابع عن متبوعه وهذا في المادتين 136_137.

أمّا **النّوع الثَّالث:** فهو المسؤوليّة النَّاشئة عن الأشياء، وقد تناولها القانون المدني في نصِّ المواد 138_140، حيث قسَّمها إلى مسؤوليَّة عن عمل الأشياء الحيّة، والمسؤوليّة عن عمل الأشياء غير الحيّة[1].

وقد أورد المقنن الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنَّ: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[2].

ويتبين من هذا النص أن المسؤولية عن العمل الشخصي هي تلك التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه وأن المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية أركانها ثلاثة: وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، كما يتضح بأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات، من طرف المضرور، فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإن مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس حق تقدير قيام الخطأ، كما له حق تقدير انتفائه، غير أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكييفه القانوني.

---

[1] علي علي سليمان، النظريّة العامّة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيّة، بن عكنون، الجزائر، الطبعة: الخامسة، 1423هـ_2003م، ص138_139.

[2] القانون المدني، المرجع السابق.

1_ ركن الخطأ.

لقد اختلفت وتعددت الآراء في تحديد الخطأ الذي يوجب المسؤولية، والمستَقَرُّ عليه فقها وقضاءً أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال، فهو إخلال بالتزام قانوني أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يلتزم الشخص في سلوكه باليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان مدركا لهذا الانحراف كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية، واستقر أغلب فقهاء القانون على أن الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني مع الإدراك بأنه يضر بالغير[1].

وبالرجوع إلى المقنن الجزائري يتضح لنا بأنه يجعل الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة، وهذا دون أن يعرف ماهية الخطأ، لما فيه من الدقة والصعوبة. واقتصر على نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وهذا في عبارة: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا" وكذا نص المادة 125 من نفس القانون:" لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلّا إذا كان مميّزاً"[2].

ومن هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف والثاني معنوي نفسي وهو الإدراك والتمييز.

أ_ الركن المادي:

ويكمن في التعدي وهو الإخلال بالالتزام القانوني العام على عدم الإضرار بالغير، أي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، ولمعرفة متى يعتبر الخطأ الذي صدر عن الإنسان تعديا على التزام قانوني

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، د: ط، 1414هـ_1994م، ج1، ص: 242.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

هناك معياران، الأوّل: **ذاتي** والثاني: **موضوعي**.

فالمعيار الذاتي يقتضي منّا النظر إلى الشخص الذي وقع منه السلوك، فيجب لاعتبار هذا السلوك أو العمل تعديًّا، أن نضع في نظرنا عدة اعتبارات منها السن والجنس والحالة الاجتماعية وظروف الزمان والمكان المحيطة بارتكاب التعدي عند محاسبة الشخص عن اعماله، فننظر الى تقديره للعمل الذي ارتكبه، أي أن الشخص لا يكون مرتكبا لخطأ قانوني إلا إذا أحس هو أنه ارتكب خطأ، فضميره هو دليله ووازعه[1].

أما إذا أخدنا **بالمعيار الموضوعي** الذي يفترض استبعاد الاعتبارات السابقة وننظر إلى سلوك هذا الشخص بسلوك الأشخاص الذين يتعامل معهم ويعايشهم، ونقيس هذا السلوك بأوسط الناس أي بالشخص العادي الذي لا يتمتع بذكاء خارق، وفي نفس الوقت ليس محدود الفطنة خامل الهمة، يعتبر العمل تعديا "خطأ" إذا كان الشخص العادي لا يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول ولا يعتبر تعديا إذا كان الشخص العادي يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول.

ويلاحظ أن المعيار الموضوعي أو معيار الرجل العادي هو المعيار الأقرب للمنطق، لأن اعتباراته واضحة ومعلومة لا تتغير بتغير الشخص، مما يساعد على ثبات قاعدة التعامل بين الناس في فكرة التعويض، دون الشخصي الذي ينبني على اعتبارات ذاتية خفية، يستعصي على الباحث كشفها، إضافة إلى أنها تختلف من شخص لآخر.

وبالتالي فالمعيار الموضوعي هو الأساس لقياس التعدي، وهو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في الكثير من أحكامه، فيقاس به الخطأ العقدي في الإلتزام ببذل عناية، كما في المادة (2/172)، ويفرضه المقنن على المستأجر (م495) والمستعير (م544) من القانون المدني الجزائري[2].

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص66.

[2] المرجع نفسه، ص 67.

ويقع عبء اثبات التعدي على الشخص المضرور (الدائن)، وأن يقيم الدليل على توافر أركان مسؤولية المدعى عليه ومن بينها ركن الخطأ، وذلك بإثبات أن المعتدي انحرف عن سلوك الرجل العادي بكافة طرق الاثبات، بما فيها البينة والقرائن، إلا إذا أقام المدين البيّنة على أن عمل التعدي الذي صدر منه يعتبر عملا مشروعا، وذلك من خلال أنه كان وقت ارتكابه للعمل في إحدى الحالات، إما حالة الدفاع الشرعي أو حالة ضرورة، أو تنفيذ أمر صادر عن الرئيس.

ب_ الركن المعنوي.

وهو الركن الثاني لأركان الخطأ وهو الإدراك ويجب أن يكون هذا الشخص مدركا لأعمال التعدي التي قام بها، سواء بقصد أو وقعت منه بغير قصد.

والإدراك مرتبط بقدرة الانسان على التمييز، وسن التمييز في القانون الجزائري هو13 سنة، فمن بلغ سن الثالثة عشر من عمره يكون مسؤولا مسؤولية كاملة على كافّة أفعاله الضارة، وهذا ما قررته المادة 125 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص على أن " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلّا إذا كان مميِّزا "[1]، أما بالنسبة للذي لم يبلغ سن الثالثة عشر فالقاعدة العامة لا مسؤولية عليه، ويتساوى مع الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ومن فقد رشده لسبب عارض.

وإذا كان الأصل في التعدي أن يعتبر عملا غير مشروع، فإن هناك حالات ترتفع فيها عنه هذه الصفة ومن ثمّة لا تقوم المسؤولية، رغم ما فيها من اضرار بالغير، وعليه فقد تضمن القانون الجزائري نصوصا تناول فيها حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة، وحالة تنفيذ أمر الرئيس، إلا أن هذه الحالات ليست واردة على سبيل الحصر، ويكون من الممكن انتفاء الخطأ في حالات أخرى كما إذا رَضِيَّ المصاب بحدوث الضرر.

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2_ ركـن الضـرر.

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يقع خطأ، بل يجب أن يترتب عليه ضرر، وهو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو حق من حقوقه[1]، والضرر قد يكون مادياً أو معنوياً ويضيف إليه الفقه والقضاء الضرر المرتد.

أ_ الضرر المادي: هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة ماليّة.

ب_ الضرر المعنوي أو الأدبي: هو الضرر الذي يلحق الشخص في حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أوفي شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته وهو أيضا ما يصيب العواطف من ألام نتيجةً لفقدان شخص عزيز وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية، فأعتبر ضررا أدبياً كلّ ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف من إيذاء للسمعة ومس كرامة النّفس وشرفها.

ج_ الضرر المرتد: وهو نوع عرفه رجال الفقه، وهو يلحق الضرر في العادة بالشخص المصاب على مصالحه المادية أو المعنوية غير أن هذا الضرر لا يقتصر أحيانا على المضرور وحده، بل قد يرتد أو ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصيا بوقوعه أضراراً أخرى.

د_ شروط تحقق الضّرر:

يشترط لتحقيق الضرر الشروط التالية:

_ الإخلال بحق مالي مصلحة مالية.

_ أن يكون الضرر محققا.

_ أن يكون الضرر شخصيا.

_ ألا يكون قد سبق تعويضه.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 134.

3_ ركن العلاقة السببيـة.

وتعني وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص[1]، وقد عبر المقنن الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 من القانون المدني، وذلك متضمّن في عبارة " ويسبب ضررا" لذا حتى يستحق المتضرر التعويض، يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وعلى المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية أن يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد له فيه.

ولتحديد السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد وذلك لأنه يمكن أن ينسب الضرر لعدة أسباب، لا لسبب واحد أي نكون أمام تعدد الأسباب، ويمكن أن يترتب عن خطأ ما ضرر ويلحقه وقوع ضرر ثان ثم ثالث وهذا ما يسمى بتعاقب الأضرار.

ولذلك ظهرت عدّت نظريات تثير مسألة تعدد الأسباب ومن أهمها:

أ_ نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها: بمعنى إذا اشتركت عدة وقائع في إحداث الضرر، وكان كل منها شرطا في حدوثه بحيث لولاها لما وقع، اعتبرت كل هذه الوقائع القريب منها والبعيد أسبابا متكافئة أو متساوية، تقوم علاقة السببية بينها وبين الضرر.

ب_ نظرية السبب المنتج[2]: مفادها أنّه إذا اشتركت عدة أسباب في إحداث ضرر، يجب استخلاص الأسباب المنتجة فقط وإهمال باقي الأسباب، فالسبب المنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى الطبيعي للأمور إلى وقوع مثل هذا الضرر الذي وقع، وإلا فإنه يعتبر شيئًا عرضيا لا يهتم به القانون، ولقد نجحت هذه النظرية نجاحا باهراً ممَّا حمل الفقه والقضاء على اعتناقها، ويمكن القول بأن المادة 126 من القانون المدني الجزائري إنما تؤيد فكرة النظرية وتتبنّاها، والأثر الذي يترتب على تعدد الأسباب، أنه يجب الاعتداد بها جميعا، ونصت على

---

1 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص251.

2 انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص905.

ما يلي: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"[1].

أمّا إذا تعدّدت الأضرار فإننا نقف عند الضرر المباشر، فنعوض عنه ونغفل الضرر الغير مباشر ويجب في هذا الصدد أن نضع المعيار الذي يُعتد به في الضرر المباشر، ولقد وضعت المادة 182 قانون مدني جزائري المعيار الذي يحدد مسؤولية محدث الخطأ في حالة تعاقب الأضرار، فنصّت على أنّه:" إذا لم يكن التعويض مُقدَّرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"[2] فالضرر المباشر هو ما كانت نتيجة طبيعية للضرر الحاصل.

وتنتفي العلاقة السببية كما تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"[3]، فإذا تدخل السبب الأجنبي وكان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر فإن المدعى عليه لا يكون مسؤولا بالتعويض[4].

نخلص أخيرا إلى أنّ المسؤوليّة المدنية هي مناط أحكام التعسف في استعمال الحق، وأنّ سبب تقسيمها إلى عقديّة وتقصيريّة يكمن في تحديد معنى الخطأ في كليهما، فالخطأُ في المسؤوليّة العقديّة هو الإخلال بالتزام عقدي، بينما في المسؤوليّة التقصيريّة هو الإخلال بالتزام قانوني، وهذا الالتزام الذي يُعتبَرُ الاخلال به خطأٌ في المسؤوليّة التقصيريّة هو التزامٌ من الشَّخص بأن

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص125.

يصطنع في سلوكه اليقظة والتبصُّر حتَّى لا يضرَّ بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك مع إدراكه لهذا الانحراف، كان ذلك خطأٌ يستوجب مسؤوليته التقصيريّة.

الفرع الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق.

رغم إقرار الفقهاء والباحثين القانونيين بفكرة التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في عدّة وقائع وقضايا، إلّا أنّهم اختلفوا في تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق، فمنهم من رأى أنّ التعسف في استعمال الحق يندرج ضمن أحكام المسؤولية التقصيريّة التي تقابل المسؤولية العقديّة، ومنهم من أخرجها عن نطاق المسؤولية التقصيرية والعقديّة، ومردُّ ذلك اختلافهم في النّظر إلى موقع التعسف في استعمال الحقّ وعلاقته بالخطأ، من حيث استقلالية كل منهما عن الآخر أو تلازمهما.

وعلى ضوء ذلك ظهرت عدّةُ آراء في موضوع طبيعة التعسف في استعمال الحق، ومُجمل ما نتج عن هذه الأقوال أنّ من الفقهاء من اعتبر التعسف تجاوزا للحقِّ أو عملا دون حق، ومنهم من قال بأنّ التعسف في استعمال الحق هو خطأٌ من نوع خاص، ومنهم من ذهب إلى مزج التعسف والخطأ وقال هما سواء، وهناك من أخرج التعسف عن نطاق المسؤوليّة التقصيريّة وربطها بمبادئ الأخلاق أو المبادئ الاجتماعيّة للحقوق.

أوّلا: آراء الفقهاء في تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق.

إنّ تحديد طبيعة الحق من الصعوبة بمكان، ويدلُّ على هذا ما ذكرناه سابقا من اختلاف في هذا الشأن، فقد جعل بعض فقهاء القانون التعسف في استعمال الحق عبارةٌ عن تجاوزٍ للحقِّ، وهذا الرأي تزعّمه الفقيه الفرنسي بلانيول، وهو بهذا المعنى عمل غيرُ مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية[1]، ولهذا وضع أصحاب هذا الاتجاه حدودا للحق وقرّروا في ذلك أنّ الحقَّ ينتهي من حيث يبدأ التعسف، فقيام التعسف هنا يتحقَّقُ عند مُجاوزَة الحقِّ،

[1] انظر: عبد الباقي البكوي، محاضرات في المسؤوليّة عن الأعمال الشّخصيّة غير المشروعة، د: ط، 1397هـ_1977م، ص84.

وبذلك يكون الحق والتعسف لفظان متناقضان، وأنّ استعمال الحقِّ يجب أن يُبنى على أسباب مشروعة وإلّا اعتُبِر هذا الاستعمال تعسُّفٌ في استعماله لهذا الحق.

ومن الفقهاء من رأى بأنَّ التعسُف والحقَّ ما هما إلّا وجهان لعملةٍ واحدة، أي أنّهما سواء، وأنّ الشَّخصَ مُلزم بالتصرّف والعمل بعناية وتبصرة تجعله يتفادى الإضرار بالغير، فيُعدُّ مرتكبا لخطأٍ تقصيريٍّ كلُّ من يستعمل حقَّه بقصد الإضرار بالغير، ويُعدُّ مرتكباً لخطأٍ شبه تقصيري كلُّ من يستعمل حقّه دون قصدِ الإضرار بالغير ولكن يحدث الضّرر نتيجة إهماله وعدم يقَظَتِه[1].

وقد جاء رأي يناقض ما تقرّر لدى هذا الرأي، حيث يميّز بين التعسف والخطأ مع إبقاءِ التعسف في استعمال الحق داخل نطاق المسؤولية التقصيرية، فالخطأُ هنا مُرتبطٌ بغاية الحقِّ الاجتماعية، ولذلك ينبغي استعمال الحقِّ بما يتّفِق مع هذه الغاية، وبما يتّفق مع المبدأ العام في الحقوق، سواءٌ كان مردُّها الأخلاق أو النِّظام العام والآداب العامّة، كما أنّ الشريعة الإسلاميّة جعلت فكرة التعسُّف أوسع من فكرة الخطأ في مجال المسؤوليّة.

والتعسُّف في استعمال الحقِّ يختلف عن الخروج على حدود الحقِّ، ذلك أنّ الخروج عن حدود الحقَّ أو تجاوز هذه الحدود يُدخِل الشَّخص في نطاقٍ ممنوع عليه، ويُعتبرُ هذا التجاوزُ محض تعدٍّ على الغير[2]. كما فصّلت سابقا. ومثال ذلك: أنّه في حال ما إذا تعدّى الشخص حدوده ودخل في ملك جاره فالشَّخص قد تجاوز حدوده، فإذا ما استغلَّ ملك الجار كان مُخطئاً في ذلك والتزم بالتعويض، أمَّا في حال التعسف في استعمال الحقِّ فالشّخص لا يتجاوز حدود حقّه بل إنّه يستعمله في النطاق المحدّد له، ومع ذلك فإنّ القانون لا يقرُّ هذا الاستعمال

[1] انظر: شوقي السيِّد، التعسف في استعمال الحقِّ وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، مصر، د: ط، 1429هـ_2008م، ص100.

[2] توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونيّة –النظريّة العامّة للقانون والنّظريّة العامّة للحقِّ–، الدار الجامعيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1409هـ_1988م، ص847.

إذا ثبت تعسُّف صاحب الحق[1].

ثانيا: طبيعة التعسف في القانون الجزائري.

نظراً لشيوع نظريّة التعسُّف في استعمال الحقّ وأخْذُ أغلبِ التقنينات بها، فإنّ المقنّن الجزائري وعلى غرار غيره وضَع قيوداً لاستعمال الحق، وهذه القيود تنبُعُ من مبدأ عام هو عدم التعسف في استعمال الحقّ.

وقد وضع المقنن الجزائري نصًّا يقرّر فيه منع التعسف في استعمال الحقّ، ويبيِّن صور هذا التعسف في نصِّ المادّة 124 مكرّر، من القانون رقم 05_10 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، المعدّل والمتمم للقانون المدني. وقد غيَّر المقنن الجزائري موضع المادّة، إذ أعاد إدراجها تحت قسم المسؤوليّة عن الأفعال الشَّخصيّة، بدلا ممّا كانت عليه قبل هذا التعديل، حيث أُدرجت سابقا تحت الفصل الثَّاني الخاص بالأشخاص الطبيعيّة في المادّة 41 التي أُلغيت بموجب نفس القانون، وهذا هو المكان الأنسب للنظريّة، أي تحت عنوان: الفعل المستحقُّ للتعويض، فالتعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويولِّد التزاما بالتعويض.[2]

كما أورد المقنن الجزائري القاعدة نفسها في القسم الثّالث الوارد تحت الكتاب الثّالث والمتعلِّق بالحقوق العينيّة تحت الباب الأوّل المتعلّق بحقِّ الملكيّة بعنوان القيود التي تلحق حقَّ الملكيّة في المادّة 691 التي نصّت على أنّه:" يجب على المالك ألّا يتعسّف في استعمال حقِّه إلى حدٍّ يضرُّ بملك الجار"[3]. وبهذا خالف التقنين الجزائري من حيث موضع المادّة مختلف القوانين العربيّة التي وضعت التعسف في استعمال الحق ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني[4].

---

[1] زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكيّة العقاريّة الخاصَّة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كليّة الحقوق، الجزائر، 1429هـ_2008م، ص45.

[2] المرجع نفسه، ص47.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسيّة، العدد 4، 1413هـ_1992م، ص690.

ومنه نستخلص أنّ التعسف في استعمال الحقّ ذو طبيعةٍ خاصّة، لأنّه لا يندرج تحت أحكام المسؤولية العقديّة لعدم تصوُّر وجود عقد بين الطرفين، كما أنّه لا يدخلُ تحت أحكام المسؤولية التقصيرية فهو مختلف عن الخطأ، رغم أنّ المقنن الجزائري قد وضعه تحت قسم المسؤوليّة عن الأفعال الشّخصيّة.

الباب الأوّل:

نظريّة التعسف في استعمال الحق.

وفيه فصلان:

الفصل الأوّل: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.

الفصل الأوّل:

نظريّة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: أسس النظريّة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: تطبيقات النظريّة في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إن الفقه الإسلامي هو ثَمرةُ العلوم الشَّرعيّة، والتي تَنْبُعُ مَصَادِرُهَا من كتاب الله وسنّة نبيّه صلّى الله عليه وسلّم، وهو واسطة عِقدها وأَهمُّ فروعها، فأحكامه إنّما هي منهجٌ لِحياة البشريّة الرَّاقية، فبه تَبِينُ قواعد الشَّرع الحنيف، وتتّضح حِكَمُه ومقاصدُه وأسراره الجليلة، وبهذا يسلك الإنسان على أنوار مصادره طريق الهدى والصلاح في الحياة الدنيا، وينال رضى ربّه في الحياة الآخرة.

ثمّ إنّ اجتهادات علمائنا الجهابذة الكبار في مجال المعاملات والحقوق، وما أودعوه في كتبهم ومؤلَّفاتهم يعدُّ من أعظم الثروات الحقوقيّة الموجودة على الإطلاق، وهي بحر لا ساحل له، وفيض علمٍ لا يحصى ولا يُحاط، فقد اشتملت هذه المؤلَّفات على العديد من المواضيع تتعلّق بجوانب شتّى من جوانب الحياة، ومنها ما يتعلّق بالحقوق فوضعوا أحكامها وشروطها وأركانها مستندين إلى ما جاء به الوحي، أو دلّت عليه مقاصد الشَّرْعِ الحنيف.

وفي هذا الفصل حاولت أن أُبيِّن أنّ نظريّة التعسف في استعمال الحق التي يدّعي الغربيون أنّها وليدة أفكارهم، ليست بالغريبة على الفقه الإسلامي ولا بالجديدة عليه، بل إنَّ أُصولها متجذِّرة في تراثنا الفكري القديم، وكتبنا الفقهيّة مليئة بتطبيقاتها في مُختلف المجالات، وقد كان الاجتهاد الجبّار لفقهآئنا المسلمين في فهم القواعد العامّة والمقاصد التشريعيّة، من أهمِّ المصادر التي تُستَقى منها الحقوق والحرِّيات وتُستنبط منها القواعد والأحكام.

ولإثبات كلامنا قمنا بتقسيم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأوّل: أسس النظريّة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تطبيقات النظريّة في الفقه الإسلامي.

المبحث الأوّل:

أسس النظريّة في الفقه الإسلامي.

على الرغم من أنّ هذه النّظريّة لم تكن معروفة في كتب القدماء من فقهاءِ المسلمين بهذا الاسم، إلّا أنَّ أُصول هذه النظريّة وما يتَّصل بها من أحكام موجودة في مؤلّفاتهم، تحت تسميات مختلفة عن هذه التي تُسَمَّى بها اليوم، فحِرْصُ الفقه الإسلامي في تشريعه للحقوق على اعتبار مبدأ التوازن، يؤسِّس وبكلِّ وُضوحٍ لنظريَّة التعسف في استعمال الحق، كما يُفهم من سياق الآيات القرآنيّة ودلائل الأحاديث النبويّة، التزام الشريعة الإسلاميّة بدفع الأضرار عن المكلّفين كاعتنائها بحماية الحقوق وتقريرها لهم.

ومن أجل بيان ذلك سنقسّم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأوّل: التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: المؤيّدات الشرعيّة للنظريّة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأوّل:

التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق.

إنَّ استخلاص أراء الفقهاء حول مسألة التعسف في استعمال الحق أمر يحتاج إلى جهد وصبر عظيم، ذلك أنّ الفقه الإسلامي يقرّر مبدأً يجعل المطَّلعَ عليه يظنُّ أنّ تقييد الحقوق بوصف التعسف إنّما هو خلاف الشَّرع، وما هو إلّا تعدٍ على هذه الحقوق، ولو غاص في أعماق الفقه لَعَلِمَ حقيقة الأمر، وسبب ذلك أنّ فقهاء الشريعة الإسلاميّة كانوا في بادئ الأمر يرون أنّ الجواز الشّرعي ينافي الضمان، أي أنّه لا يُعتبر العمل غير مشروع إذا كان استعمالًا لِحقٍّ يُجيزُه الشَّرع[1]، لكن بعد تطوُّر الفقه وظهور المذاهب المختلفة، أصبح للفقهاء أراء متعدّدة فيما يخُصُّ هذا الموضوع، وتوضيح ذلك يستدعي تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأوّل: المعايير الفقهيّة للتعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: الآراء الفقهية للتعسف في استعمال الحق.

الفرع الأوّل: المعايير الفقهيّة للتعسف في استعمال الحق.

لقد بحث الفقهاء المسلمون كالإمام الشاطبي في إيجاد معاييرَ ثابتة تحكم مسألة التعسّف في استعمال الحق، بحيث يمكن من خلالها تحديدُ ما إذا كان التصرّف عاديًّا أو كان يحمل في طيّاته تعسفا وإضرارًا، وهذا لما قد تحمله هذه المعايير من أهميّة في ضبط الحقِّ وتحديد التعسُّف، مما يساعد على تقدير المسؤوليّة والجزاء المناسب لمثل هذه الحالات، حيث يقول الإمام الشاطبي رحمه الله في سياق ذلك:"كلُّ من ابتغى في تكاليف الشريعة غَيرَ ما شُرِعت له، فقد ناقض الشريعة، وكلُّ ما ناقَضَهُ فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم يُشرع له فعمله

[1] انظر: أحمد بن الشيخ محمّد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1409هـ_1989م، ج1، ص445.

باطل"[1].

ومن هنا يتَّضح **أنّ التعسف في استعمال الحق يقوم على دعامتين فقهيتين**، الأولى: دينيّة، والثانيّة: أخلاقيّة.

أمّا الدعامة الدينيّة: فهي متعلِّقةٌ أساسا بتشريع الحقوق، والحكمة من تشريعها، ومَقْصَدِ الشَّارِع من ذلك، بمعنى أنَّ الحقوق إنَّما نشأت لتحقيق مصالح المكلَّفين بصفةٍ خاصّة، ومصلحة المجتمع والأمّة بصفة عامّة، وهذه المصالح مقصودة من الشّارع الحكيم، لذلك على المكلَّف أن يراعي ذلك، فيكون قصدُه في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، فاستعمال الحقِّ في غير ما شُرِع له من مصلحة يعتبر تعسّفا، لأنّه مناقض لقصد الشَّارع، ومناقضة قصد الشّارع باطلةٌ[2].

فيجب أن يكون القصد من فعل المكلَّف موافقاً لقصد الشّارع من تشريع هذا الفعل، لأنّ المكلّف إنّما هو عبد لله تعالى، فعليه طاعته وفعل كلِّ ما يؤول إلى ذلك، ومن ذلك أن يعمل وِفْقَ المقصد من وضع الشّريعة، فقصد الشّارع مثلا في المحافظة على الضروريات وما يرجع إليها من الحاجيات والتحسينيّات هو عين ما كُلِّف به العبد، فلا بدَّ أن يكون مطلوبا بالقصد إلى ذلك[3].

وكما أنَّ الفرد يُمارس حقوقه استناداً إلى حماية الشَّرع للحقوق عند تقريرها لأصحابها، عليه أن يلتزم أيضا بمقصد الشَّرع من تشريع تلك الحقوق، والمعتبر في ذلك هو نيَّة المكلَّف، وفق ما جاء في حديث رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:" **إنّما الأعمال بالنّيات وإنّما لكلِّ امرئ ما نوى**"[4].

---

[1] الشاطبي، المرجع السابق، ج3، ص27.

[2] انظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص25. ـبتصرّفـ

[3] انظر: عبد العزيز الصعب، المرجع السابق ص78.

[4] الحديث رواه عمر بن الخطاب أنظر: محمّد البخاري، المرجع السابق، كتاب بدء الوحي، رقم الحديث:1، ج1، ص6.

وأمّا الدعامة الأخلاقيّة: فتتمثّل في ضرورة التضامن والتكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، والسعي نحو تحقيق المصالح الجماعيّة، وذلك بتقويّة أواصر المودّة والرَّحمة والتعاون، ونبذ التناحر والتنافر، مع التحلّي بمكارم الأخلاق والفضيلة والإحسان، وهذه الدعامة ترجع أيضاً إلى الدّعامة الدينيّة، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم جاء ليتمّم مكارم الأخلاق، فقد جاء في الكتاب الكريم **قوله تعالى:** ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾.[1] ففي الآية دعوة إلى الأُخُوَّةِ والتأزر.

وفي **قوله:** ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ .[2] حث على الالتزام بمحاسن الأمور وترك مستقبحاتها.

كما جاءت النصوص من القرآن الكريم لتقرير التوسَّط والاعتدال في استعمال الحقوق، وذلك من أجل محاربة صفتي الغلو والتفريط في استعمال الحق، حيث قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ﴾.[3] والوسطيّة هي منهج يجعل من الحقِّ يسير وفق قواعد ثابتة حتَّى يحقق مقصده الذي شُرع من أجله، دون أن يصطدم بمصالح الآخرين، ومن ذلك يتبيَّن أنّ التشريع الإسلامي يهدف إلى تحقيق مصلحة الفرد والجماعة معا[4].

واستناداً إلى هاتين الدعامتين، **وضع الفقه الإسلامي معايير يتعرّف بها متى يكون صاحب الحق متعسفا في استعماله له**، وأهمها معياران، أوّلهما: شخصي ويتعلّق بصاحب

---

[1] الحجرات الآية {10}.

[2] المائدة الآية {02}.

[3] البقرة الآية {143}.

[4] بلحراوبي سعاد، نظريّة التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كليَّة الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر،1435 هـ_2014م، ص20.

الحق في ذاته ودوافع تصرُّفه، والآخر موضوعي يتعلّق بما ينجم وينتج عن تصرُّفات المرء من مضار ومفاسد عند استعماله لحقه.

أوّلا: المعيار الشّخصي أو الذاتي.

ويعبَّرُ عنه أيضا بالمعيار المعنوي أو النفسي لتعلُّقه بإرادة صاحب الحق، وهذا المعيار يراعي في الاعتبار جميع الجوانب والعوامل النفسيّة التي تقوم بتحريك الشّخص ودفعه إلى استعمال الحقّ أو التصرُّف فيه، وتتعلّق بما يقصده الشّخص من وراء استعماله لهذا الحقّ، فإن خرج قصدُه عن الحدود المشروعة اعتُبِر متعسّفًا، ولو كان تصرّفه في حدود حقِّه، وغالبا ما يكون هذا نتيجةَ أمرين:

1_ قصد الإضرار بالغير: وهذا يُعْرَفُ عندما لا تكون لدى مستعمل الحقِّ مصلحةٌ ظاهرة من تصرّفه في حقِّه، فإذا نَجَمَ عن استعماله ضرَرٌ كان استعماله تعسُّفياً في نظر الشريعة الإسلاميّة، حيثُ يُعدُّ انعدام المصلحةِ الذاتيَّة قرينةٌ على قصد الإضرار بالغير[1]، وقد دلّ على منع قصد الإضرار بالغير عند استعمال الحق أكثر من دليل، كما سيأتي في المبحث الموالي من هذا الفصل.

ذلك أنّ المقصد العام لتشريع الحقوق هو تحقيق مصالح العباد لا الإضرار بالنَّاس[2]، ويُقصد بالإضرار بالغير أن يكون الفاعل قد ناقض قصد الشّارع وهدَفه من تشريع الحق[3]، فوجب منعه من غير تعدٍّ.

فاستعمال الحقّ بقصد الإضرار بالغير يعدُّ معياراً ذاتياً أو شخصيّا بحتاً، لأنّه يتعلّق بالنيّة والقصد، أي أنّه ينظُر أساسا إلى نيَّة صاحب الحق في استعماله لحقِّه، فإذا كان لا يَقْصِدُ بهذا

---

[1] محمّد حسنين، نظريّة الحق بوجه عام، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، د: ط، 1405هـ_1985م، ص311.

[2] إسماعيل العمري، الحق ونظريّة التعسُّف في استعمال الحق، مطبعة الزهراء الحديثة، العراق، الطبعة: الأولى، 1405هـ_1984م، ص137.

[3] حمدون نور الدين، نظريّة التعسف في استعمال الحق، مجلّة القضاء، وزارة العدل، المغرب، د: ط، 1406هـ_1986م، العدد 17، ص147.

الاستعمال إلّا أن يضُرَّ بغيره، دون أن يعود عليه بالفائدة اعتبر متعسِّفا في استعمال حقِّه، ويُستخلص قصد الإضرار من انتفاء كلِّ مصلحةٍ عند استعمال الحقِّ استعمالاً يُلحق الضرر بالغير[1]، فاستعمال الحقِّ دون فائدة مرجوّة قرينةٌ تدلّ على أنّ مُستعمل الحقِّ لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنيَّة الإضرار مُفترضَةٌ في هذا الحال، إذ من الصّعب إثبات النوايا خاصّةً أنّ النيّة باطنةً لا تدلُّ عليها إلّا القرائن القطعيّة.

كما أنّه لا يلزم مُطلقاً من انتفاء المصلحةِ توفُّرُ نيّة قصد الإضرار بالغير، فقد يَستعمل صاحب الحقِّ حقَّه على وَجهٍ غير ما يقتضي تحقيق المنفعة له، ولا يقتضي قصد الإضرار بالغير.

ومع ذلك فإنّ تطبيق هذا المعيار (الشخصي) يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرَّجل المعتاد، إذ أنّ توفر نيَّة الإضرار لا تكفي للقول بوجود التعسف في استعمال الحق، لأنّ الشَّخص قد يستعمل حقَّه ويتعمّد الإضرار بغيره وبذلك لا يُعتبر متعسِّفاً في استعمال حقِّه، إذا حقّق له ذلك نفعاً كبيرا يفوق الضرر الذي سيصيب الغير بكثير، أمّا إذا انطوى استعمال الحقِّ على قصد الإضرار بالغير، دون أن يقترن ذلك بتحقيق أيَّة مصلحةٍ لصاحب الحقِّ، أو تحقَّقت بطريقةٍ عرضيّةٍ غير مقصودة فإنّه يبقى على اعتبار أنّه متعسّف في استعمال حقِّه[2]. ويظهر ممّا تقدّم ذكره أنَّ الممنوع هو قصد إلحاق الضَّرر بالغير من غير حق، ولتحقُّق ذلك يجب توفُّر الشرطين التاليين:

أ_ **أن يقصد صاحب الحقِّ بفعله إلحاق الضرر بالغير**: أي أن تتوجّه إرادة صاحب الحق وقصده من أجل إلحاق الضّرر بالغير فقط.

ب_ أن يتمحّض قصده لذلك، فلا يصحبه قصد إلى شيء أخر من وراء هذا الفعل.

فإن صَحِب قصدُ الإضرار بالغير قصدُ تحصيل منفعةٍ ما ولو تافهة، لم يكن الفعل محكوما

[1] أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1411هـ_1991م، ص48.

[2] انظر: بلحراوبي سعاد، المرجع السابق، ص22.

بهذا المعيار، وإن كان في ذاته يُعتبر تعسّفاً في استعمال الحق وإنّما يحكمه معيار أخر هو: "عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضّرر الذي يلحق الغير"[1].

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله:" لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النَّفس وقصد إضرار الغير"[2].

2_ قصد الاحتيال على أحكام الشريعة: ويتحقق هذا المعيار عندما يكون قصد صاحب الحق في استعماله لحقّه تحقيق غرض غير مشروع، ينافي ويُخالف الغرض والقصد الذي شُرع الحقّ من أجله، فيُحكم على هذا التصرُّف بالبطلان لمخالفته قصد الشارع الحكيم من وضع الحقوق، وذلك تَحَايُلٌ على المقاصد التي بنيت عليها هذه الحقوق، ومُخَالَفَةٌ لأصول الشريعة الإسلاميّة، وهذا المعيار يقتضي تقييد استعمال الحقوق بالقيود التالية:

أ_ يجب مراعاة المصلحة العامّة عند التصرّف في الحقوق الفرديّة: فيجب ألا يؤدّي استعمال الحق إلى الإضرار بالمصلحة العامّة التي يعود نفعها على كافّة النّاس.

ب_ يجب ان يكون استعمال الحقّ من أجل تحقيق منفعة في كلّ الأحوال، لأنّ تجرّد الحقوق من الغايات يخرجها عن هذا المفهوم ويجرّدها من ماهيتها فتصبح عبثاً.

جـ_ يجب استعمال الحق لتحقيق غاية مشروعة، ويمنع اتخاذ وسيلةً للوصول إلى غايات تتنافى مع مشروعيّة هذا الحق.

د_ يجب الموازنة بين المنافع والأضرار التي تنجم عن استعمال الحق، حيث يصير تصرُّف صاحب الحقِّ باطلا إن هو قصد به مجرّد العبث، ولم يهدف باستعماله تحقيقَ مصلحةٍ.

---

[1] انظر: أحمد الصويعي شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ولتحقيق مصلحة غير مشروعةٍ في الشريعة والقانون، مجلّة الشريعة والقانون، كليّة الشريعة والدراسات الاسلاميّة، جامعة الشارقة، الامارات العربيّة المتحدة، العدد 38، ص30.

[2] الشاطبي، المرجع السابق، ج3، ص55.

فاستعمال الحقِّ بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة يعتبر تعسُّفا في استعمال الحقِّ وهو باطل، لأنّه تحايل على المصالح التي بُنيت من أجلها أحكام الشريعة وهَدْمٌ لقواعدها، ولكنّ الخلاف دائر في التطبيق، وفي الوسيلة التي يُتوصّل بها إلى كشف القصد أو الباعث[1].

ثانيا: المعيار الموضوعي:

وهذا المعيار يختلف عن سابقه كونُهُ لا يُعْنَى بالنَّظر إلى نيّة صاحب الحقِّ ومقصده من استعماله لحقِّه، وإنَّما يُنظر إلى الضَّرر الناتج من استعمال الحق، فهو يستند إلى أصل مستقرٍّ في الفقه الإسلامي وهو النظر في مألات الأفعال والأمور، ولا شأن لهذا المعيار بالنوايا أكانت حسنة أم كانت سيِّئةً، بل يمنع صاحب الحقِّ من ممارسة حقِّه مادام يضُرُّ بالأخرين، ويعتمد في ذلك على ضوابط هي كالتالي:

1_ انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللَّاحق بالغير: وهو أن يستعمل صاحب الحق حقّه بقصد تحقيق مصلحة، فيترتّب على ذلك إلحاق ضرر للغير أعظمُ من المصلحة المجلوبة له، فينعدم التناسب بين المنفعة المشروعة لصاحب الحق والضّرر اللّاحق بالغير جراء ذلك[2]، فإذا استعمل صاحب الحقِّ حقَّه قصد تحقيق مصلحةٍ مشروعة لكن لَازَمَ ذلك إضرارٌ بالغير، سواءٌ كان مساوياً أو كان أَكْبَرَ من المصلحة المقصودة، وسواء لَحِقَ بفرد أم بجماعة اعتُبر كلُّ ذلك تعسُّفاً.

كما يُمنع صاحب الحقِّ من استعمال حقِّه إذا كان يُلحق ضررا بفردٍ بعينه، أو كان الضرر الناشئ عن تصرُّفه يلحق ضررا بالمصلحة العامّة للمجتمع.

2_ الضرر الفاحش: ويتحقق إذا ما جاوز الحد الذي تحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحقّ وأدّى ذلك إلى ضرر بليغ بالغير، ومعناه كما جاء في مجلّة الأحكام العدليّة: أنّه كلُّ ما يمنع الحوائج الأصليّة، أي المنفعة الأصليّة المقصودة، ويُدفع هذا الضرر بأيّ وجه

---

[1] بلحراوبي سعاد، المرجع السابق، ص25.

[2] محمّد حسنين، المرجع السابق، ص312.

كان[1].

لكن هذا المفهوم لم يبيّن الغاية المطلوبة من هذا الضابط وهي في الأساس تتعلّق بتمييز الضرر الفاحش عن غيره من الأضرار، فالحوائج الأصليّة كلمةٌ مجملةٌ تتنازع فيها الأفهام، وتتخالف في تحديدها المدارك والعقول، والذي يظهر من خلال دراسة ما يتعلّق بهذا الضابط أنَّ كل ما يمكن أن يُستحقَّ على الغير بوجه من الوجوه الشرعيّة فهو ليس بضرر فاحش، وما لا يمكن أن يُستحَقَّ على الغير بوجه شرعيٍّ فهو ضرر فاحش"[2].

وعليه فإنّ من الضوابط الموضوعة للتعسف في استعمال الحق، ضابط إلحاق الضرر الفاحش بالغير من جرّاء التصرُّف في المصلحة المشروعة، ذلك من أجل التنسيق بين المصالح الفرديّة المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية، حيث أنّ تصرُّف الشخص على نحو يُلحق بغيره أضرارا فاحشةٌ تُخلُّ التوازن بين المصالح الفرديّة، يُعَدُّ انحرافًا للحقِّ عن غايته[3]، فيكيّف بذلك على أنّه تعسف في استعمال الحق.

3_ استعمال الحقِّ استعمالاً غير معتاد: فاستعمال الحقِّ استعمالا لم يتعارف عليه النَّاس مع ترتب ضرر للغير بذلك يُعتبر تعسُّفا في استعمال الحق، والعبرة في كون الاستعمال معتادا أو غير معتادٍ هو العرف، وليس مقدار الضرر الناشئ، ويُسْتَدَلُّ عليه بقول أهل الخبرة والاختصاص، ويُمنع من التصرُّف في الحق إذا استعمل بوجه غير معتاد، حتى ولو لم يؤدِّ إلى الإضرار بالغير، لأنّ عدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع[4].

وجاء في المحيط البرهاني أنّ: "من انتفع بملكه انتفاعا لا ينتفع بمثله عن ذلك، وإذا تعدّى

---

[1] انظر: لجنة علماء وفقهاء الدولة العثمانيّة، مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص231، المادتين: 1199-1200.

[2] أحمد بن محمّد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، المرجع السابق، ص103.

[3] عبد الرحمن مجوبي، المرجع السابق، ص35.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص 2870.

إلى ملك الغير صار ضامناً، كما لو سقى أرض نفسه سقيا غير معتاد"[1].

فالضمان هنا إنما شُرع لأنّ صاحب الحق تصرّف في حقّه واستعمله استعمالا غير معتاد، جعله يُلحق ضررا بغيره، فاعتبر سلوكه تعسفا في استعمال الحق.

4_ استعمال الحق بإهمال وعدم تثبُّتٍ: فقد يستعمل الإنسان حقَّه ولكن دون الاحتياط والتنبُّه لمألات تصرُّفاته، أو عدم بذل العناية الكافية، ويُحْدث بذلك ضرراً للغير، فيُعتبَرُ متعسِّفا في استعمال حقِّه، وهذا نظرا للضرر الناشئ عن إساءة استعمال الحق والإهمال في اتخاذ الإجراءات اللّازمة، ويدخل هذا الضَّابط في المعايير التي تُقاس بها تصرّفات الأفراد عند استعمالهم للحق، من باب أنّ استعمال الحق مشروطٌ بمبدأ السلامة وتجنُّب هدر أموال النّاس أو دِماءِهم، فإن ترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير بسبب الإهمال وعدم التثبُّت، عُدَّ ذلك تعسُّف في استعمال الحق، ويُشترط للأخذ بهذا الضابط أن يُقصِّر صاحب الحقّ في الأخذ بالاحتياطات اللّازمة عند استعماله لحقِّه مع إمكانيّة التحرَّز والتثبُّت عادةً.[2]

جاء في شرح زاد المستقنع: " فأما قولنا: (الإهمال) إذا حصل الضرر مترتباً على الإهمال، فالمهْمِلُ يتحمل مسئولية ذلك الضرر"[3]، كما يمكن قياس حكم الإهمال في الحقوق على حكم الإهمال في الأمانات، حيث جاء في الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة:" الإهمال فِي الأمانات إذا أدّى إلى هَلاَكِهَا أو ضَيَاعِها يُوجِبُ الضَّمان، سواء أكان أَمَانَةً بقصد الاِسْتِحْفَاظ كَالْوَدِيعة، أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور، أم كان بطريق الأمانة بدون عَقْدٍ ولا قَصْدٍ"[4].

ويؤيّد هذا أيضا ما جاء في كتاب الفقه الميسّر الذي يَعْتَبِر: "مالك البناء وناظر الوقف

---

[1] أبو المعالي برهان الدين بن مازّة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2004م، ج9، ص115.

[2] أحمد الصويعي شلبيك، المرجع السابق، ص29.

[3] محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ج 232، ص4، رقم الجزء هو رقم الدرس، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net

[4] أنظر الموسوعة الفقهية الكويتيّة، المرجع السابق، ج7، ص167.

وولي اليتيم والقيم على ناقص الأهلية مسؤولًا إذا شيد البناء من أصله مصحوبًا بالخلل بسبب الإهمال أو التقصير أو الغش، وللمالك الرجوع على من تسبب في ذلك"[1].

وخلاصة القول أنّ هذه المعايير إنّما هي ثمرة اجتهاد الفقهاء المسلمين، تكلّموا عنها في مجال الحقوق والمعاملات لتحقيق مصالح العباد في استعمال حقوقهم، وحماية الفرد والمجتمع عند استعمال الغير لحقوقه، وهذا من أجل بلوغ الحق مقصده وتجنّب الإضرار بالغير والاصطدام بمصالح الأخرين، لأنّ الحقوق لم تُشرع لتكون وسيلةً مفضيّة إلى أضرار فاحشةً تلحق بالغير، فإن أدّت إلى ذلك كانت مناقضَةً لقصد الشّارع تحت مبرِّر أنّها استعملت في غير ما شُرعت لأجله.

الفرع الثاني: الآراء الفقهيّة للتعسف في استعمال الحق.

عالج الفقه الإسلامي مسألة التعسف في استعمال الحق تحت فروعٍ مختلفةٍ وتطبيقات متعدِّدةٍ، إلّا أنّه وفق ما قرّرناه سابقا لم يُفرد فقهاء الشريعة الإسلاميّة هذه المسألة بنظريّةٍ مُستقلَّة، لذلك نجد أصول النظريّة متضمّنا عند الفقهاء في معرض كلامهم عن الحقوق والأضرار التي تترتب على مباشرة المكلّف لها، حيث اختلفت نظرتهم للتعسف في استعمال الحق لاختلاف مذاهبهم وتفرّق عصورهم.

أوّلا: التعسف في استعمال الحق عند الأصوليين:

سعى علماء الأصول إلى إيجاد باب يُوضَعُ تحت أحكامه ما يتعلّق بإساءة استعمال الحق، ومن أهم ما توصّل إليه بعضهم وَضْعُ التعسف في استعمال الحق تحت باب " التعدّي بطريق التسبب"، فذهبوا بذلك إلى منع أي تصرّف في الحقّ أو استعمال له يؤدّي إلى الإضرار بالغير، وهذا استنادا إلى حديث:" **لا ضرر ولا ضرار**"[2].

---

[1] عبد الله بن محمّد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، محمّد بن ابراهيم الموسى، الفقه الميسّر، مدار الوطن للنّشر، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1432هـ_2011م، ج13، ص59.

[2] الحديث سبق تخريجه ص 59.

ومن بين الذين ساروا على هذا النهج في تأصيل نظريّة التعسف في استعمال الحق الإمام الشاطبي رحمه الله، فقد أقام هذه النظريّة على المقصد الكلّي للشّريعة الإسلاميّة، ووضع للتعدِّي عناصر هي[1]:

1_ تمحُّض قصد الإضرار للغير بالفعل.

2_ مظِنَّة قصد الإضرار والتي تُستفاد من القرائن.

3_ التصرّف بتقصير في إدراك الأمور على وجهها الصحيح، وإهمال المقاصد الشَّرعيّة منها عند استعمال الحق.

وقد تقرّر لدى علماء الأصول أنّه قد يَنْظُرُ المجتهد "القاضي أو غيره" في المسألة وفي دليلها الخاص، فيجد أن الحق ثابت لصاحبه وله حق التصرف فيه كيف شاء، لأنه يتصرف في حقه وملكه واختصاصه، ولكن هذا التصرف إذا عرض على مقاصد الشريعة وقواعدها العامة، قد يظهر أنه مخالف لها في بعض الحالات على الأقل، فهنا –وبمقتضى الجمع في النظر بين الكليات والجزئيات –يتعين تقييد التصرف في الحقوق بما لا يخل بالكليات والمقاصد العامة[2].

كما جاء في مسألة الشركة إذا طلب أحد الشريكين سقي الشجر وامتنع الآخر، أُجْبِرَ الممتنع على السقي، لأنّه: إذا عُلِمَ أن الأصل المستمر هو أن لكل مالك أن يتصرف في ملكه بما يشاء، وألا يُجْبَرَ على تصرف فيه، وهذا الضابط يقيِّد تلك الحرية فيه بعدم الإضرار بالغير وخاصة بالشريك، فقد جعل للشريك الحق في إلزام شريكه ببعض التصرفات في ملكهما المشترك، إذا كان ذلك التصرف يعود عليه أو على العين المشتركة بالنفع، وفي هذا الضابط خروج عن الأصل، مراعاةً لأعلى المصلحتين، وتحقيقاً لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق[3].

---

[1] الشاطبي، المرجع السابق، ج3، ص56.

[2] أحمد الريسوني، نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالميّة للكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1412هـ_1992م، ص345.

[3] عبد الرّحمن بن صالح العبد اللّطيف، القواعد والضّوابط الفقهيّة المتضمّنة التيسير، نشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلاميّة، المدينة المنوّرة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2003م، ج2، ص775.

كما أنّهم مثّلوا لذلك بمنع صاحب الدار من اتخاذِ فُرنٍ أو محرِّكٍ يؤذيان الجيران بالدخان أو اهتزاز الجدران، أو تشويش في الأصوات، ومنعوا صاحب الدار من اتخاذ نوافذ تطل على جاره، ولو كان فيه منفعة، وهو يوافق نظرية التعسف في استعمال الحق[1].

وقد فصّل علماء الأصول في الضرر الذي يترتّب على استعمال الحقّ كما يأتي:

1_ حال استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير: وهذا حكمه المنع، لأنّ المقصد من وضع الشريعة للحقوق هو تحقيق المصالح ودفع الضرر عن النّاس، وهذا مناقض لذلك، فيكون حكمه المنع، فتصرُّف الإنسان في خالص حقِّه إنّما يَنْفَذُ إذا لم يتعدّى إلى الإضرار بالغير[2].

هذا وإن كان التصرُّف مُضرّا يكون ضرره دليلٌ على أنّه لم يوضع بوجه شرعيٍّ، إذ لا وجه شرعي يُجوِّز الإضرار بالغير[3]، وذلك برهانٌ على أنّه لا ينبغي للمرء أن يقصد الإضرار بالغير، فيكون ذلك سبباً للُحوق الضرر به[4].

2_ حال قصد المكلّف نفع نفسه والإضرار بغيره: حيث يعدُّ من قبيل التعسف في استعمال الحق قَصْدُ المكلَّف نفع نفسه والإضرار بغيره في نفس الوقت، ويتبيَّن ذلك عندما يقع الضرر من بعض المكلَّفين على بعض، وهذا الأمر قد جرى حوله الخلاف، إلّا أنّ في منعه تيسير للخلق ومراعاةً لمصلحتهم، سيما عندما تكون لموقِعِ الضَرَرِ مصلحةٌ هي دون ذلك الإضرار.

3_ حال استعمال الحق لا بقصد الإضرار بالغير، غير أنّه يعلم بلزومه عادةً: كقيام صاحب منزل بالحفر تحت سور جاره، وهو يعلم إمكانيّة تهدم هذا السور، وخلاصة ما وصل إليه العلماء في هذه الحال، أنّ توخّيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرَّة لابد فيه

---

[1] محمّد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الأولى، 1427هـ_2006م، ج1، ص245.

[2] انظر: كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، د: ط، د: ت، ج8، ص9.

[3] أحمد الشيخ بن محمّد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، المرجع السابق، ج1، ص101.

[4] محمّد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، 1414هـ_1993م، ج14، ص44.

من أحد أمرين[1]:

أ_ إمّا تقصير في المنظور المأمور به، وهذا ممنوع.

ب_ وإمّا مظنَّة قصده إلى نفس الإضرار، وهو ممنوع أيضا.

4_ حال إفضاء استعمال الحق إلى الضرر ظنًّا لا قطعا: وهنا وقع الخلاف بين الفقهاء والحاصل أنّ الظنّ[2] بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز من الجلب للمصلحة والدّفع للمفسدة، إلّا أنّه لما كانت المصلحة تُسبب مفسدَةً من باب الحِيَلِ أو من باب التعاون، مُنع من هذه الجهة لا من جهة الأصل، فَإِنَّ الْمُتَسَبِّبَ لَمْ يَقْصِدْ إِلَّا مَصْلَحَةَ نَفْسِهِ، فَإِنْ حُمِلَ محمل المتعدي، فَمِنْ جِهَةِ أَنَّهُ مَظِنَّةٌ لِلْقَصْدِ أَوْ مَظِنَّةٌ لِلتَّقْصِيرِ[3].

ثانيا: التعسف في استعمال الحق عند الفقهاء الأقدمين:

جعل الفقهاء الأقدمون ضابط "التعدّي" عند تكييفهم للتعسف في استعمال الحق، وهذا لا يعني أنّهم أغفلوا ذلك بل نجد في فتاويهم واجتهاداتهم في الفروع والتطبيقات الفقهيّة ما يؤكّد أنّ النظريّة كانت معروفة لديهم، وأنّ جمهور الفقهاء وضعوا للحقوق حدودا كما أنهم كانوا يمنعون تصرّفات مشروعةً في الأصل يقوم بها الأفراد عندما تحيد عن الغرض الذي شُرع الحق من أجله وتفضي إلى ضرر، وكلّ هذا هو أصل لنظريّة التعسف في استعمال الحقّ بصبغتها الحديثة.

1_ نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشافعي: ذهب الإمام الشافعي[4] إلى

---

[1] انظر: فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه السلامي، المرجع السابق، ص57_58.

[2] **الظن**: هو تجويز أمرين أحدهما أظهر من الآخر عند المجوّز. **والعلم**: هو معرفة المعلوم، أي إدراك ما من شأنه أن يُعلم على ما هو به في الواقع، لفرق بين العلم والظنّ، هو أنّ العلم إنما هو إدراك الشيء إدراكا جازما، بينما الظنّ هو عدم الادراك الجازم بل هو إدراك الشيء مع ضدّ مرجوح.

[3] الشاطبي، المرجع السابق، ج3، ص77.

[4] **أبو عبد الله محمَّد بن إدريس الشافعي المطلبي**: الإمام البعيد الصيت والذكر الجليل القدر علامة الدنيا الحافظ الحجة النظار المتفق على جلالته وفضله وعلمه، وترجمته واسعة أفردت بالتأليف له أتباع كثيرون جداً، مولده بغزة سنة=

أنّ أعمال الإنسان وتصرّفاته إنَّما يُحكم عليها بظاهرها المرئي الذي يبدو للأخرين بالنظر والمعاينة، ولا يكون الحكم عليها حسب نوايا فاعلها فالنّية لا يعلمها إلّا الله تعالى، وكلُّ امرئ حرٌّ عند استعماله لحقّه في الحدود التي رُسمت لذلك الحق، ويكفي أن يكون الاستعمال متوافقا ولو في جانب من جوانبه مع الغرض الظاهر الذي وُضع الحقُّ لأجله للحكم عليه، دون البحث والنظر في البواعث المختلفة التي دفعت إلى استعمال الحق، ومن هذه البواعث التي قد تؤدي إلى تقييد الحقوق ما يلي:

أ_ تقييد الحقوق بالظنون: حيث يرى الشافعيّة أنّ الحقوق لا تُمْلَكُ بالظنون لذلك فهي لا تُمنع بالظنون، حيث جاء في الأم:" وَلَا أَعْمِدُ إلى مال رجل فأبعث به إلى الْبَلَدِ لعله يُتلف قَبْلَ أن يَبْلُغَه بدعوى إنسان لَا أدري كَذَبَ أم صدق، ولو علمت أنه صدق ما كان لي أن أُخْرِجَهَا من يدي مالِكِها نظرا لهذا وألا يُضَيِّعَ حَقَّهُ على الْمُغتصب لا تمنع الحقوق بالظنون، ولا تملك بها"[1].

ب_ إبطال الحقوق بفساد المقاصد والنوايا: لم يكن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى يعتدُّ بالقصد والنية والدافع، لاستحالة معرفتها والتحقق من توفرها أو انعدامها، فكان يقتصر في الحكم على ظواهر التصرّفات والأفعال فإن استوفت شروط المشروعيّة فلا حرج في استعمالها ولا منع من ذلك، وفي معرض ذلك يقول:" أصل ما أذهب إليه أن كُلَّ عقد كان صحيحاً في الظاهر، لم أُبْطِلْهُ بِتُهْمَةٍ ولا بعادة بين الْمُتَبَايِعَيْنِ، وَأَجَزْته بصحة الظاهر وَأَكْرَهَ لهما النِّيَّةَ إذ أن النِّية لو أُظْهِرَتْ كانت تُفْسِدُ البيع"[2].

ولقد لقي هذا الرأي معارضةً في المذهب، إلّا أن فقهاء الشافعية بعد الإمام الشافعي ذهبوا إلى القول بأن الحقوق لم تُمْنَحْ إلّا لغايةٍ أو قصد مُعَيَّنْ، وعليه يجب الحكم على التصرُّف

150هـ توفي بمصر سنة 204 هـ، انظر: يحي الأزدي، منازل الأئمة الأربعة، تحقيق: محمود قدح، مكتبة الملك فهد الوطنيّة، الطبعة الأولى، 1422هـ_2002م، ص 196_202.

[1] محمّد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، 1410هـ_1990م، ج4، ص70.

[2] المرجع نفسه، ج3، ص75.

بِنَاءً على هذا القصد، ولم يؤيّدوا قول الإمام في الحكم على الأعمال والتصرّفات بحكم الظاهر دون الأخذ بالنية والقصد في الاعتبار، وَنَجِدُ هذا عند حديثهم على علاقات الجوار، وفيه أن على الجار أن:" يصفح عن زلات جاره ولا يتطلع مِنَ السَّطْحِ إِلَى عَوْرَاتِهِ وَلَا يُضَايِقُهُ فِي وضع الجذع على جداره ولا في مصب الماء في ميزابه ولا في مطرح التراب في فنائه ولا يضيق طريقه إِلَى الدَّارِ"[1].

2_ نظريّة التعسف في استعمال الحق عند الإمام مالك[2]: لقد وضع الإمام مالك رحمه الله تعالى مبدأً عاما تسير عليه جميع الحقوق، ويقوم هذا المبدأ على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد إذا دعت المصلحة العامّة إلى ذلك، واستنادا إلى ذلك وضع المالكيّة ثلاث ضوابط لاستعمال الحق:

أ_ أنّه يجب أن يُستعمل الحق في الغرض الذي منح من أجله.

ب_ لا يكون استعمال الحقّ مشروعاً إذا ما ترتب على استعماله ضرر بليغ.

جـ_ لا ينبغي للإنسان أن يستعمل حقَّه إذا كان استعماله لا يجلب له أيَّ منفعةٍ.

وكلُّ هذه الضوابط إنّما وُضعت من أجل حفظ مقصد الشارع من تشريعه للحقوق، ويترتب على هذا الرأي أنّ التعسف في استعمال الحق إنّما يكون على وجهٍ يُناقض مقصد الشارع إذا طابق أحد الصور التالية:

_ **استعمالُ الحق لمجرّد الإضرار بالغير**: فالحق لم يشرع كوسيلةً للإضرار بالغير، وإنّما شُرع لمصلحةٍ مُعتبرةٍ شرعا وهنا تكون مناقضة الحق لمقصد تشريعه واضحةً.

---

[1] أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج2، ص213.

[2] هو **الإمام مالك بن أنس الأصبحي الحميري**، أبو عبد الله ولد سنة 93هـ وتوفي رحمه الله سنة 179هـ، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية، مولده ووفاته في المدينة. كان صلبا في دينه، بعيدا عن الأمراء والملوك، سأله المنصور أن يضع كتابا للناس يحملهم على العمل به، فصنف " الموطأ ". وله رسالة في " الوعظ " وكتاب في " المسائل " ورسالة في " الرد على القدرية " وكتاب في " النجوم " و " تفسير غريب القرآن ". انظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكيّة في طبقات المالكيّة، المرجع السابق، ج1، ص80_84.

_ **استعمالُ الحقِّ لمصلحةٍ تافهةٍ لا تتناسب مع الضرر الناشئ عنه:** وتكون مناقضة الحق لِمَقْصَدِ تشريعه ظاهرةً إذا ما غلب الضرر الذي يترتب عليه مقارنةً بالمنفعة التي يجلبها.

_ **استعمالُ الحق على وجه معتاد مع ترتب الضرر الفاحش بالغير**: ولو كان هذا الضرر غيرُ مقصودٍ، لأنّ ذلك يتناقض مع قواعد الشريعة القاضيّة بدفع الضَّرر قبل وقوعه وبإزالته بعد الوقوع، كما يتناقض مع الأصل الذي قامت عليه الشريعة الإسلاميّة وهو جلب المصالح ودفع المفاسد.

_ **اتخاذ الحق كذريعةٍ لتحقيق مصالِحَ غير مشروعةٍ احتيالا على قواعد الشرع**: وفي هذه الحال يُعَامَلُ مُسْتَعْمِلُ الحق بنقيض قصده، ويعتبر استعمال حقّه تعسفا فيُمنع من ذلك.

ولقد أورد الإمام مالك رحمه الله في هذا الصدد أثرا يبيّن اجتهاد الصحابة في قضايا تتعلّق بالتعسف في استعمال الحق حيث ورد في الموطأ **أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجاً لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ. فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي؟ وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ، تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلاً وَآخِراً وَلاَ يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ، عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ، فَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ؟ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ تَسْقِي بِهِ أَوَّلاً وَآخِراً وَهُوَ لاَ يَضُرُّكَ، قَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللهِ، لَيَمُرَّنَّ بِهِ ولو عَلَى بَطْنِك، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ. فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ**[1].

فقضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه تأكيد على منع تعسف المالك في استعمال حقه، فحرّية التصرُّف في المِلْكِ _ سلبا وإيجابا_ وإن كانت هي الأصل، إلّا أنّها يجب أن تمارس على وجهٍ لا يُلحق ضررا بالغير، وعلى وجه لا يعيق تحقيق مصلحته، ولا تَضُرُّ صاحب الحقّ الأصلي، فلا يجوز للمالك أن يتصرَّف في ملكه بوجه يضرُّ بغيره دون أن يجني

[1] مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمّد مصطفى الأعظمي، مؤسّسة زايد الخيريّة، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، 1425هـ_2004م، ص1049، رقم: 2760.

من تصرُّفه هذا منفعةً مُعتبرةً شرعا.

وقد وضع المالكيّة قواعد من أجل ضبط وقوع الضرر جرّاء استعمال الحق بصرف النَّظر عن نيّة مستعمل الحق، ترمي لتحقيق المقاصد، وتهدف بوجه عام إلى النفع العام للنَّاس ودفع الضرر عنهم، وهي مرتبطة بالنّظرة الاجتماعيّة التي تعود للمصلحة العامّة لهذا فقد قُيِّدَتِ الحقوق بهذه الغاية، وكان الإمام مالك رحمه الله أوّل من قال بذلك مراعيا جانب المصلحة، وبذلك تكون العبرة بالنتيجة المتحقّقة عند استعمال الحق فإن كان الضرر فاحشاً فالاستعمال ممنوع، لأنّ فيه تعسف حتّى لو كانت نيّة صاحب الحقّ حَسَنَةً، وأمّا إذا لم يكن الضرر فاحشا فإنّه يباح استعمال الحق بالضوابط التي ذكرت سابقا.

3_ نظريّة التعسف في استعمال الحق عند أبي حنيفة[1]: لقد أسس الفقه الحنفي لفكرة التعسف في استعمال الحق بوضع عدّة ضوابط وقواعد تنطبق مع ما قرّره المالكيّة في الموضوع، وإن كان الإمام أبو حنيفة قد نظر إلى الحقّ نظرة مطلقة حيث رأى بحريّة التصرّف في الحقوق على أساس: "أنّ الجواز الشرعي ينافي الضمان"، وَيُفْهَمُ مِنْهَا أَنَّهُ لَوْ فَعَلَ شَخْصٌ مَا أُجِيزَ لَهُ فِعْلُهُ شَرْعًا وَنَشَأَ عَنْ فِعْلِهِ هَذَا ضَرَرٌ مَا فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا لِلْخَسَارَةِ النَّاشِئَةِ عَنْ ذَلِكَ[2]، لكن الذي يبدوا أنّ هذا الرأي محصور في استعمال حق الملكيّة فقط، أمّا في الحقوق الأخرى فلا تنطبق القاعدة المذكورة أنفاً[3].

[1] هو **النعمان بن ثابت**، التيمي بالولاء، الكوفي، أبو حنيفة، ولد سنة 80هـ، وتوفي سنة150هـ، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. قيل: أصله من أبناء فارس. ولد ونشأ بالكوفة. وكان يبيع الخبز ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والإفتاء. وكان قويّ الحجة، من أحسن الناس منطقا، وعن الإمام الشافعيّ: الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، توفي ببغداد، انظر: عبد القادر محي الدين، الجواهر المضيّة في طبقات الحنفيّة، مير محمد كتب خانه_كراتشي، باكستان، ج1، ص26_27.

[2] علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلّة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م، ج1، ص92، المادّة: 91.

[3] انظر: عبد السلام التونجي، مؤسّسة المسؤوليّة في الشريعة الإسلاميّة، منشورات جمعيّة الدعوة الإسلاميّة العالميّة، طرابلس، ليبيا، الطبعة: الأولى، 1414هـ_1994م، ص235.

لكنّ الفقه الحنفي لم يستمر على هذا الرأي فقد كان لصاحبي أبي حنيفة[1] رأي آخر عند النظر إلى الحقوق حيث قيّدوا الحقوق بعدم التعسف، وقد اعتنق الحنفيّة نفس الضوابط التي وضعها المالكيّة غير أنّهم أضافوا لها ضابطين مفادهما:

أ_ عند تعارض حقّين تكون الأولويّة في الاستعمال لما كان منهما أكثر فائدة وتحقيقا للمصلحة: وهذا هو مقصود الشّرع فالمصلحة التي تحقق فائدة أكثر أوكَدُ من المصلحة التي تحقق فائدة دونها، فإن توافقتا أُخِذَ بهما معاً، وإن تعارضتا فالأولوية لمن كانت فائدتها أكبر، مثل أن يبني المالكُ تَنُّوراً فِي داره للخُبْز الدَائِمِ كما يكون في الدَّكَاكِينِ أو رَحًا للطحن أو مِدَقَّات للقصارين لم يَجُزْ، لأن ذلك يَضُرُّ بالجيران ضَرَرًا ظَاهِرًا فَاحِشًا لا يمكن التَّحَرُّز عنه والقياس أن يَجُوزَ، لأنه تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِهِ وتُرِكَ ذلك اسْتِحْسَانًا لأجل الْمَصْلَحَة[2].

ب_ لا يجوز لأحد أن يستعمل حقّه بقصد الإضرار بالغير: وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفيّة عند حدّهم من حقّ الفرد في إحياء الأرض الموات إذا ما ترتب عليها ضرَرٌ بالغير، ومن ذلك نصُّهم على جواز إحياء الأراضي الموات إذا لم يكن ضرر فإذا ترتب على ذلك ضرَرٌ مُنِعْ[3]، ولهذا قالوا أنّ:" **مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ فِيهِ حق**"[4].

4_ نظريّة التعسف في استعمال الحق عند الإمام أحمد بن حنبل[5]: لم يختلف الفقه الحنبلي في نظرته إلى استعمال الحق عن المذهب الشافعي والمالكي، ذلك أنّ فقهاء المذهب

---

[1] **الصاحبان** هما: أبو يوسف، ومحمّد بن الحسن.

[2] فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميريّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1313هـ_1893م، ج4، ص196.

[3] انظر: علاء الدين أبو بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلميّة، الطبعة الثانية، 1406هـ_1986م، ج6، ص194. وأبا يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج، تحقيق: عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمّد، د: ط، د: ت، ج1، ص77.

[4] إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضا مواتا، ج3، ص106.

[5] **هو أحمد محمد بن حنبل**، أبو عبد الله، الشيبانيّ الوائلي، ولد سنة 164هـ، وتوفي سنة 241هـ، إمام المذهب الحنبليّ، وأحد الأئمة الأربعة. أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس. وولد ببغداد. فنشأ منكبّا على طلب العلم، وسافر=

الحنبلي ذهبوا إلى أنّ تصرُّفات الأفراد واستعمالاتهم لحقوقهم إنّما تقاس بمقصد وغاية صاحبها، فإن هو قصد بها غيرَ ما شُرعت لأجله كغرض إيقاع الضرر بالغير فلا يعتبر هذا الاستعمال مشروعاً لعدم مشروعيّة النية والقصد، ويظهر هذا في الأخذ بمبدأ نسبيّة الحقوق وعدم الاقتصار على ظاهر التصرُّف، ذلك أنّ مشروعيّة التصرُّف واستعمال الحق متوقِّف على الغرض منه، واعتمادا منهم على حديث: "**إنّما الأعمال بالنيات وإنّما لكلِّ امرئ ما نوى**"[1]، فالأعمال والتصرّفات بمفهوم هذا الحديث تابعةٌ لمقاصدها ونيَّاتها وأنّ ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إِلَا مَا أَعْلَنَهُ وَأَظْهَرَهُ، وهذا نَصٌّ على أَن من نوى التحليل كان مُحَلِّلًا، ومن نَوَى الرِّبَا بِعقد التبايع كان رابيا، ومن نوى المِكْرَ والخِداع كان مَاكِرًا مخادعا[2].

وعلى ذلك فإنّ للإنسان أن يتصرّف في حقّه ويستعمله استعمالا معتادا، فلا يُسأل حينئذٍ عمّا يترتَّب عليه من ضرر وإنّما يُسأل عن الضرر إذا كان التصرّف في حقه غير معتاد، فقد جُعِل مناط التعسف حسب هذا التقرير هو" التصرّف غير المعتاد"[3].

ويتفرّع على هذا التقرير أمران:

أــ أنّ التعسف ليس مرتبطا بغير المعتاد من التصرُّف، وإنّما يرتبط أساسا بغاية الحق ونتيجته، ويدلُّنا هذا على أنّ التصرُّف قد يكون معتادا، ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة، فيكون حينئذٍ تعسفاً بالنَّظر إلى هذه النتيجة[4].

بــ أن يكون له غرض صحيح، مثل أن يتصرَّف في مُلكه بما فيه مصلحة، فيتعدَّى ذلك إلى

في سبيله أسفارا كبيرة. وصنّف (المسند). انظر: جمال الدين الجوزي، مناقب الإمام أحمد، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، الطبعة: الثانية، 1409هـ، ص13.

[1] الحديث سبق تخريجه، ص94.

[2] ابن القيّم الجوزيّة، المرجع السابق، ج3، ص130.

[3] انظر: زكريا بن محمّد زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، د: ط، د: ت، ج4، ص72.

[4] انظر: زكريا الأنصاري، الغرر البهيّة في شرح البهجة الورديّة، المطبعة الميمنيّة، د: ط، د: ت، ج3، 385.

الإضرار بغيره أو يمنع غيره من التمتع بملكه[1].

فأمّا **الأوّل**: وهو التصرُف في ملكه بما يتعدّى ضَرَرُهُ إلى غيره، فإن كان على غير الوجه المعتاد، فإنّه يعتبر تعدٍ وهو ممنوع، وإن كان على الوجه المعتاد وفيه قولان مشهوران:

_ لا يُمنع من ذلك، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما.

_ المنع، وهو قول أحمد ووافقه مالك في بعض الصور، وذلك كأن يحفر شخصٌ بئراً بالقرب من بئر جاره، فيذهب ماؤها فإنّها تُطمُّ في ظاهر مذهب مالك وأحمد[2]، وهو أحد الوجوه للشّافعيّة[3]، وهذا استعمالٌ للحقِّ معتاد شرعا ولكنْ بالنَّظر لما يترتب عليه من ضرر مُنع، فالتعسُّف لا يَقْتَصِرُ على التصرّف غير المعتاد، بل قد يشمل المعتاد كذلك بالنّظر إلى مآله ونتائجه.

ثالثا: التعسف في استعمال الحق عند الفقهاء المعاصرين: لقد بنى معظم الفقهاء المعاصرين تصوّرهم لفكرة التعسف في استعمال الحق بعد استوائها واعتمادها كنظريّة ذات أسس وأصول لدى فقهاء القانون الوضعي، فقد تناول بعضهم التعسف في استعمال الحق في معرض حديثهم عن مصادر وأسباب الحق، لذلك قرروا أنّ على الإنسان أن يستعمل حقه وفقاً لما أمر به الشرع وأذن به، فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير، فرداً أو جماعةً، سواءٌ أَقَصَدَ الإِضْرَارَ أم لا، وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تبذيره لأن ذلك غير مشروع، فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يبني بناء

---

[1] انظر: أحمد بن محمّد الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجاريّة الكبرى، مصر، د: ط، 1357هـ_1983م، ج6، ص210.

[2] انظر: موسى بن احمد شرف الدين أبوا النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللّطيف محمّد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج2، ص202.

[3] انظر: أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت–دمشق–عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ_1991م، ج5، ص284.

يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على نساء جاره، للإضرار بالجار، واستعمال الإنسان حقه على وجه يضُرُّ به أو بغيره، وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون الوضعي.

فإن مارس الإنسان ما ليس حقاً له فلا يسمى تعسفاً وإنما هو اعتداء على حق الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يُضِرُّ بها يعد متعسفاً، أما الغاصب فإنه يعد متعدياً، وتجاوز الحكام والموظفين حدود الشريعة كاغتصاب بعض الأموال، وجباية ضرائب ظالمة لا يعد تعسفاً في استعمال الحق، وإنما هو استعمال لغير الحق أو تجاوز عن الحق المستوجب التأديب أو التعزير[1]، فالتعسف في استعمال الحق بهذا الاعتبار يندرج تحت الفعل الضار الذي هو أحد مصادر الحق.

ومن الفقهاء المعاصرين من لم يؤسّس التعسف في استعمال الحق كفكرة مستقلّة تتعلّق بالتصرّف في الحقوق، وإنّما جعلوها من باب التعدّي بطريق التسبب، وأنّ الفعل غير المشروع في أصله إنّما هو تعسف، لكن الصحيح هو قصور ضابط التعدي في استيفاء فكرة التعسف في استعمال الحق، وأنّ التعسف في استعمال الحق مجاله العمل المشروع[2].

وعليه فإنّ نظريّة التعسف في استعمال الحق لا تقوم على معيار التعدّي بطريق التسبب، سواء في معناها المبني على الفعل غير المشروع، أو باعتبار مبناها على القصد أو النيّة في التصرّف، وإنّما هي نظريّة مستقلّة بذاتها حقيقةً وتكييفا، ولها معاييرها الخاصّة التي تُبنى عليها.

[1] وهبة الزحيلي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ج4، ص2866.

[2] أنظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص72.

المطلب الثاني:

المؤيّدات الشرعيّة لنَظرية التعسّف في استعمال الحق.

لم يكن اهتمام الفقهاء المسلمين بموضوع التعسف في استعمال الحق مستوحى من فراغ، وإنّما كان نتيجة النظر الثاقب والاطلاع العميق في مصادر التشريع الإسلامي (قرآن وحديث)، ومَنْ تتبع اجتهادات الصحابة فيما طرأ عليهم من أقضيّة وغيرها، وكذلك عند دأبِهِمْ إلى تحقيق مقاصد الشارع الحكيم، لذلك نجدهم استندوا إلى عدّة براهين تؤيّد رسوخ أحكام التعسف وتُؤَكّدْ أصالة هذه النظريّة في الشريعة الإسلاميّة الغرّاء، حيث توجد العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبويّة التي تَنْهَى عن المضارة في استعمال الحقوق، كما نجد في اجتهادات الصحابة تأكيدا على منع الضرر المترتب عند استعمال الحقوق، وهذا عين ما تضمّنته العديد من القواعد الفقهية في تطبيقاتها، وسنتناول ذلك في فرعين:

الفرع الأوّل: أدلّة التعسف في استعمال الحق من مصادر التشريع الإسلامي.

الفرع الثاني: أدلّة التعسف في استعمال الحق من الاجتهادات والقواعد الفقهية.

الفرع الأوّل: أدلّة التعسف في استعمال الحق من مصادر التشريع الإسلامي.

إنّ من أدلّة صِدْقِ الدِّين الإسلامي وأحقيَّتِهِ بالديانة، أنّه لا توجد واقعة وليس في الشرع الإسلامي حكمها، لذلك قد بلغ الفقه الإسلامي من الزُخْرِ والثَرَاءِ ما لم يبلغه أي نظام أخر، ففي أحكامه مصالح العباد وسبل عيشهم لتحقيق سعادتهم الدنيوية والأخرويّة، فهو دين الكمال والشُّمُول لذلك كان أصلًا لكلّ الحقوق وما يتعلّق بها، حيث نجد العديد من النّصوص تتحدّث عن موضوع التعسف في استعمال الحق.

أوّلا: من النصوص القرآنيّة: لقد دلّت عدّة آيات من القرآن الكريم على وجوب تحقيق قصد الشارع في المحافظة على الضروريات وما يرجع إليها من الحاجيات، فَمَنْ يرمي في تكليف

الشريعة إلى غير ما وُضعت له يكون قد ناقضها وعمله هذا باطل، لأن هدف الشريعة الإسلاميّة هو تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، فأحكامها مبنيّة على العدل والإحسان ونبذ التعسف والتسلّط[1]، ومن جملة هذه الأدلّة:

الدليل الأوّل: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًاۚ وَٱذْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ .[2]

فقد روى الإمام الطبري[3] بإسناده في سبب نزول الآية، قال:" نزلت في رجل من الأنصار يدعى ثابت بن يَسَارْ طلق امرأته حتى إذا انقضت عدتها إلَّا يومين أو ثلاثة، راجعها ثم طلقها، ففعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر، مضارَّةً يضارُّها[4].

كما رُوِيَ في أسباب نزول هذه الآية، أنّ النّاس في الجاهليّة لم يكن عندهم عَدَدٌ للطَّلَاق وبَقِيَ هذا معمولا به حتّى أوائل ظهور الإسلام، حيث كان الرجل يطلّق امرأته ما شاء من الطلاق حتى إذا أوشكت أن تحلَّ من طلاقها راجعها ما شاء، وما كان يفعل هذا إلّا من أجل الإضرار، لا لقصد الرجوع والإصلاح، وفي عهد النبي صلّى الله عليه وسلّم عَمَدَ رجلٌ لامرأته

[1] إيهاب علي محمّد عبد العزيز، نظريّة التعسف في استعمال الحق في حقل الملكيّة، رسالة ماجستير، جامعة الشّرق الأوسط، كليَّة الحقوق، (1432هـ_1433هـ) _ (2011م_2012م)، ص38.

[2] البقرة الآية {231}.

[3] هو **محمد بن جرير بن يزيد الطبري**، أبو جعفر (224 م-310 هـ _ 839 م-923 م)، المؤرخ المفسر الإمام. ولد في آمل طبرستان، واستوطن بغداد وتوفي بها. وعرض عليه القضاء فامتنع، والمظالم فأبى. له: أخبار الرسل والملوك يعرف بتاريخ الطبري، و (جامع البيان في تفسير القرآن) يعرف بتفسير الطبري، و(اختلاف الفقهاء) و (المسترشد) في علوم الدين، و(جزء في الاعتقاد و (القراءات) وغير ذلك، وهو من ثقات المؤرخين، وكان مجتهدا في أحكام الدين لا يقلد أحدا، بل قلده بعض الناس وعملوا بأقواله وآرائه. أنظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص68_69.

[4] محمّد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمّد شاكر، مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الأولى، 1420هـ_2000م، ج5، ص10.

بعد استحالة العشرة بينهما، فقال لها: لا آويك ولا أدعك تحلّين، قالت: وكيف؟ قال: أطلقك فإذا دنا مُضِيُّ عِدَّتَكِ راجعتك، فشكت ذلك للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فنزل قوله تَعَالَىٰ:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾.[1]

واضحٌ من خلال الآية الكريمة أنّ الله عزوجلّ نهى عن الإضرار بالزّوجة من وراء استعمال حق مشروع للزوج وهو الحق في مراجعة زوجته بعد طلاق رجعي [2]

والمفهوم من هذه الآية عند مخاطبة من يقعون في الطلاق أنه ينهاهم عن المراجعة بقصد إلحاق الضّرر بزوجاتهم وإيذائهنّ بالحبس أو تطويل العدّة، حتى يضطرون إلى الفدية ودفع المال لحلّ العصمة فهذا اعتداءٌ عليهنّ[3]، فإن حاد الزوج في استعماله لحق المراجعة الذي منحه له الشارع عن المقصد من تشريعه، فاتخذه وسيلةً وذريعة للإضرار بمن هي تحت عصمته ليُسيء إليها في المعاملة والتصرّف، وليعضلها عن غيره، اعتبر هذا التصرّف في الحق منافيا لمقصد الشارع الحكيم، وبذلك هو تعسف في استعمال الحق، فالرجعة لا تكون إلّا برغبة الزوج فيها، فإن قصد أن يمنعها من النكاح اعتُبر هذا ظلم وتعسف في استعمال حق الرجعة[4].

الدليل الثاني: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ

[1] البقرة الآية {229}.

[2] محمّد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مؤسّسة مناهل العرفان، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1400هـ_1980م، ج1، ص322.

[3] وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م، ج1، ص351.

[4] جميل فخري محمّد حاتم، المرجع السابق، ص148.

عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ ﴾.[1]

روي عن قتادة[2] قال: "هُوَ الْمُضَارَّةُ فِي الرَّضَاعِ"، وَمَعْنَى لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بولدها أي: ألا تُعْطى إذا رَضِيَتْ بأن تُرْضِعَهُ بمثل ما ترضعه به الْأَجْنَبِيَّةُ[3].

فجعل الْأُمَّ أَحَقَّ بِرَضَاعِ الْوَلَدِ في هذه الْمُدَّة، فإذا رَضِيَتْ بأن تُرْضِعَ بمثل ما تُرْضِعُ به غَيْرُهَا، لَمْ يكن للْأب أن يُضَارَّهَا فَيَدْفَعَهُ إلى غَيْرِهَا لأنّها أولى بِالرَّضَاعِ، فلم يُسْقِطْ حَقَّهَا من الرَّضَاعِ إلّا عند التَّعاسر.

وإن لم ترضع أُجْبِرَ الزوج على إحضار المرضعة حَتَّى تُرْضِعَهُ في بيتها حتى لا يكون مُضَارًّا لها بولدها وفي هذا دَلَالَةٌ على أَن الْأُمَّ أَحَقُّ بإمساك الولد ما دام صَغِيرًا، وإن استغنى عن الرَّضاعِ بعدما يَكون مِمَّن يَحْتَاجُ إلى الحضانة[4].

فالآية دليل على منع المضارّة، فهي تنهى كل من الوالدين على أن يَضُرَّ أحدهما بالأخر عند استعمال الحقّ في مسألة إرضاع الولد، فلا يجوز للأب أن يستعمل حقّه في ولايته على ابنه بمنع الأمّ من حقّها في إرضاع الولد إضراراً بها لأنّه تعسف جلي. ولهذا ذهب الفقهاء إلى القول بعدم جواز منع الأب أُمَّ الولد من إرضاع ولدها إن رغبت هي في ذلك، كما لا يحلُّ للأم هي الأخرى أن تتعسف في استعمال حقّها بالامتناع عن إرضاع الولد إضرارا بأبيه، وطلب أُجْرَةٍ أَكْثَرَ من أُجْرَةِ المثل، فإن فعلت ذلك وطلبت زيادةً على أجرة مثلها زيادةً تُسبب الضرر

---

[1] البقرة الآية {233}.

[2] **قتادة بن دعامة بن عكابة**، وقيل ابن دعامة بن قتادة بن عزيز، حافظ العصر وقدوة المفسّرين والمحدّثين، ولد سنة ستين للهجرة، وتوفي سنة سبع عشرة ومئة بواسط، أنظر: محمّد االذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسّسة الرسالة، د: ط، 1422هـ_2001م، ج5، ص269.

[3] انظر: جلال الدين السيوطي، الإكليل في استنباط التنزيل، تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1401هـ_1981م، ج1، ص57.

[4] محمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمّد علي شاهين، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1415هـ_1994م، ج1، ص489.

للوالد لم يلتزم بتلبية طلبها، لأنّها تقصد المضارّة[1]، وهو تعسف في استعمال الحق.

الدليل الثالث: قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ﴾ .[2]

ومعنى المضارة في الوصية ألَّا تُمْضِي أو أن يَنْقُصَ بَعْضُهَا أو يُوصِي لغير أهلها أو يَحِيفَ في الوصية ونحوها[3].

والإضرار فِي الْوصية عَلَى وُجُوهٍ: منها أن يقر فِي وَصِيَّتِهِ بِمَالٍ أو بِبَعْضِهِ لِأَجْنَبِيٍّ أَوْ يُقِرَّ على نفسه بِدَيْنٍ لا حَقِيقَةَ له، ومنها أن يُقِرَّ بِاسْتِيفَاءِ دَيْنٍ له على غَيْرِهِ فِي مَرَضِهِ لِئَلَّا يَصِلَ إلى وَارِثِهِ، ومنها أن يَبِيعَ ماله من غَيْرِهِ فِي مَرَضِه وَيُقِرَّ بِاسْتِيفَاءِ ثَمَنِهِ، ومنها أن يَهَبَ مَالَهُ فِي مَرَضِهِ أو يَتَصَدَّقُ بأكثر من ثُلُثِهِ فِي مَرَضِهِ إضْرَارًا منه بِوَرَثَتِهِ، وَمنها أَن يتعدى فيوصي بِأَكثر مما تجوز له الوَصيَّة به وهو الزيادة على الثلث، فهذه الوُجوه كلُّها من المضارَّةِ في الوصية[4]، وقد بَيَّنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك فِي فَحْوَى قوله لِسعدٍ: "**الثُّلُثُ والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي أَيْدِيهِمْ، وَمَهْمَا أَنْفَقْتَ فَهُوَ لَكَ صَدَقَةٌ، حَتَّى اللُّقْمَةَ تَرْفَعُهَا فِي في امْرَأَتِكَ، وَلَعَلَّ اللَّهَ يَرْفَعُكَ، يَنْتَفِعُ بِكَ نَاسٌ، وَيُضَرُّ بِكَ آخَرُونَ**".[5]

والآية الكريمة تدلُّ على تقييد الشّارع الحكيم لمشروعيّة الوصيّة بعدم الإضرار بالورثة، فعلى الموصي اعتبار حق الورثة واستعمال حقّه في الإيصاء من غير تعسف وإضرار بالورثة،

---

[1] زين الدين بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: السابعة، 1422هـ_2001م، ج2، ص215.

[2] النساء الآية {12}.

[3] أبو الطيب محمّد صدّيق ابن لطف الله الحسيني البخاري، فتحُ البيان في مقاصد القرآن، مراجعة: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصريّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1412هـ_1992م، ج1، ص361.

[4] أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ج2، ص126.

[5] محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب: النفقات، باب: فضل النفقة على الأهل، ج7، ص62، رقم 5354.

فإن قَصَدَ صاحبُ الوصيَّة الإِضْرَارَ، اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق، وذلك غير جائز وقد منعه الله تعالى ورتب عليه العقاب الشديد، قال رسول اللّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: "**إِنَّ الرَّجُلَ لَيَعْمَلُ عَمَلَ الخَيرِ سِتِّينَ سَنَةً، فَإِذَا أَوْصَى خَانَ فِي وَصِيتِه، فَيُخْتَمُ لَهُ بِشَرِّ عَمَلِهِ، فَيَدْخُلُ النَّارَ، وإِنَّ الرَّجُلَ لَيَعْمَلُ عَمَلَ أَهْلِ الشَرِّ سِتِّينَ سَنَةً، فَيَعْدِلُ فِي وَصِيّتِه، فَيُخْتَمُ لَهُ بِخَيرِ عَمَلِهِ فَيَدْخُلُ الجَنَّةَ** "[1]. كما روي عن ابن عَبَّاسٍ[2] ــ رضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ــ قال: الإضرار في الوصية من الكبائر[3].

الدليل الرابع: قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ .[4] أي إن كان المدين غَيْرُ قادر على الأداء لعُسْرَةٍ ملازِمَةٍ له كمُلَازَمَةِ الصاحب لصاحبه، فيُنْتَظَرُ إلى وقت يتيسر فيه، ولا يزيد عليه ليرهقه فيعجز عن الوفاء، بل ينتظر حتى يجيء الوقت الذي يستطيع الأداء[5].

وهذه الآية: عَامَّةٌ فِي كُلِّ دَيْنٍ، فإن كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْمَالُ مُعْسِرًا وَجَبَ إِنْظَارُهُ إِلَى وَقْتِ الْقُدْرَةِ، لِأَنَّ النَّظِرَةَ يُرَادُ بِهَا التَّأَخُّرُ، فَلَا بُدَّ مِنْ حَقٍّ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ حَتَّى يَلْزَمَ التَّأَخُّرُ، بَلْ لَمَّا ثَبَتَ وُجُوبُ الْإِنْظَارِ فِي هَذِهِ بِحُكْمِ النَّصِّ، ثَبَتَ وُجُوبُهُ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ ضَرُورَةَ الِاشْتِرَاكِ فِي الْمَعْنَى، وَهُوَ أَنَّ الْعَاجِزَ عَنْ أَدَاءِ الْمَالِ لَا يَجُوزُ تَكْلِيفُهُ بِهِ، وهذا قول أكثر فقهاء الإسلام كأبي

[1] أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2001م، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، ج13، ص168، رقم7742.

[2] **عبد الله بن عباس** بن عبد المطّلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي، ابن عمّ النبي صلّى الله عليه وسلّم، ولد بالشّعب قبل الهجرة بثلاث وقيل بخمس وتوفي في السنة الثامنة وستون للهجرة، فقيه ومفسّر للقرآن، حبر الأمّة وترجمان القرآن. انظر: أحمد بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد وعلي محمّد عوض، دار الكتب العلميّة بيروت، لبنان، ط: 1، 1415هـ، ج4، ص121 _ 122.

[3] محمّد أبو منصور الماتريدي، تفسير الماتريدي (تأويلات أهل السنّة)، تحقيق: مجدي باسلوم، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1426هـ_2005م، ج3، ص63.

[4] البقرة الآية {280}.

[5] أبو زهرة، المرجع السابق، ج2، ص1060.

حنفية وَمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[1].

وفي الآية أمر منه تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يَجِدُ وَفَاءً، فقال وإن كان ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ لا كما كان أهلُ الجاهلية يقول أحدهم لِمَدِينِهِ إذا حَلَّ عليه الدَّيْنُ: إِمَّا أَنْ تَقْضِيَ وَإِمَّا أَنْ تُرْبِيَ، ثُمَّ يَنْدُبُ إلى الوَضْعِ عنه، وَيَعِد على ذلك الخير والثواب الجزيل.[2]

فهذه الآية تدلّ دلالة قطعيّة على وجوب إمهال المعسر عند استفاءه لدينه وذلك بعدم الإضرار به أو الضغط عليه بشتّى الوسائل، وهذا بعدم تعسف الدائن في استعمال حقه لإجباره بالدفع تحقيقا لمبدأ العدل والإحسان الذي جاء به الإسلام، **قَالَ تَعَالَى**:﴿ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾.[3]

ثانيا: من الأحاديث النبوية: لقد جاء في السنّة النبويّة العديد من الأدلّة على عدم المضارّة في استعمال الحقوق، حيث أسّست لمبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي وإرساء سبل الإحسان والعدل بين المسلمين، داعيّةً جَمِيعَ المكلّفين إلى وجوب استعمال حقوقهم في البر والتقوى، وتجنّب التعسف في استعمالها، ومن بين ذلك ما يلي:

الدليل الأوّل: روي عن سمرة بن جندب[4] كانت له عَضُدٌ من نَخْلٍ في حائطِ رَجُلٍ من الأنصار، وكان مع الرجل الأنصاري أهله، قال: فكان سَمُرَةُ يَدخُلُ إلى نخله فيتأذّى به، ويشُقُّ عليه، فطلَبَ إليه أن يَبيعَه، فأبى، فطلب إليه أن يُناقلَه، فأبى، فأتى النبي صلَّى الله عليه وسلم فذَكَرَ

---

[1] أبو عبد الله محمّد فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1420هـ_1999م، ج7، ص86.

[2] إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمّد حسين شمس الدين، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1999م، ج1، ص554.

[3] البقرة الآية {237}.

[4] **سمرة بن جندب** بن هلال بن حريج بن مرّة بن حزن بن عمرو بن جابر بن خشين بن لأي بن عصيم بن فزارة الفزاريّ، يكنّى أبا سليمان، من صغار الصحابة، قيل: مات سنة ثمان، وقيل سنة تسع وخمسين، وقيل في أول سنة ستين، أنظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، المرجع السابق، ج3، ص150.

ذلك له، فطلبَ إليه النبيُّ صلَّى الله عليه وسلم أن يبيعَه فأبى، فطلب إليه أن يُناقِلَه فأبى، قال: "فهَبْهُ له ولك كذا وكذا" أمراً رغَّبَه فيه فأبى، فقال: "أنت مُضارٌّ"، فقال رسولُ الله صلَّى الله عليه وسلم للأنصاري: **"اذهب فاقْلَعْ نخلهُ"**.[1]

وَأَمْرُ النبي صلى الله عليه وسلّم لسمرة بن جندب كَانَ عَلَى سَبِيلِ الرَّدْعِ عَنِ الإِضْرَارِ لَا عَلَى سَبِيلِ الْحَتْمِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَلَعَ نَخْلَهُ[2]، فقوله: "أنت مضار" أي: إذا لم تقبل هذه الأشياء فلست تريد إلا الإضرار الناس، ومن يريد إضرار الناس جاز دفع ضرره[3].

ففي الحديث دلالة واضحة على منع استعمال الحق إذا ترتب عليه ضرر للغير، فسمرّة بن جندب كان يستعمل حقّه عندما يريد الوصول إلى نخله لكنّ استعماله لحقّه هذا ترتب عليه ضرر، بحيث كان يؤذي جاره الأنصاري صاحب البستان، حتى اشتكى إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم الذي حاول إيجاد حلّ مُرْضٍ للطرفين يَضْمَنُ تعرّض أحدهما لأقلّ الأضرار بعد التوفيق بين مصالحهما المتعارضة، لكن بعدما رفض سمرّة جميع تلك الحلول، لجأ صلّى الله عليه وسلّم إلى حسم الضرر حسما ماديا، فأمر الأنصاري بقلع ذلك النخل، وهذا بعدما لم تُجْدِ جميع الوسائل التوفيقيّة المقترحة، فالأمر بالقلع هنا لم يكن إلّا عند الإصرار على المضارة من عدم قبول ما يدفع ضرر المالك.

وهذا الحديث أصل يُستدلّ به على منع استعمال الحق الفردي، إذا لَزِمَ عنه ضرر راجح بالغير، ولو كان لِمُسْتَعْمِلِهِ غَرَضٌ صحيح من هذا التصرّف[4].

---

[1] أبو داود سليمان بن عمرو الأزدي، سنن أبي داود، أبواب من القضاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمّد كامل قرّه بللي، دار الرسالة العالميّة، الطبعة: الأولى، 1430هـ، 2009م، ج5، ص478، رقم: 3636، ضعّفه الامام الألباني.

[2] محي السنّة أبو محمّد الحسين بن الفراء البغوي، شرح السنّة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمّد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1403هـ_ 1983م، ج8، 247.

[3] شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1417هـ_1997م، ج7، ص2222.

[4] ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1412هـ_1992م، ص142.

الدليل الثاني: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ مَنْ ضَارَّ ضَرَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ**".[1] فقوله: "لا ضرر" أي: لا يضر أحد أحدًا، وقوله: "لا ضرار" أي: لا يجازي من ضره بإنزال الضرر به، بل يعفو عليه، فالضَّرر فعل واحد والضِّرار فعل اثنين، والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه، والأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والثاني إلحاقه به على وجه المقابلة، أي كل يقصد جهة ضُرِّ صاحبه بغير جهة الاعتداء بالمثل، وعلى كلٍّ فهو نهي عن الإضرار بالغير[2]، والضَّرَرُ وَالضِّرَارُ مِثْلُ الْقَتْلِ وَالْقِتَالِ، فَالضَّرَرُ أَنْ تَضُرَّ بِمَنْ لَا يَضُرُّكَ وَالضِّرَارُ أَنْ تَضُرَّ بِمَنْ قَدْ أَضَرَّ بِكَ مِنْ غَيْرِ جِهَةِ الِاعْتِدَاءِ بِالْمِثْلِ وَالِانْتِصَارِ بِالْحَقِّ[3]، وذلك يكون في حالة الدفاع الشرعي فقط، أمّا في غير ذلك فلا يجوز التعدّي لا بالمثل ولا بدونه وإنّما يرفع الأمر للحاكم أو القاضي أو الإمام، ومناسبة هذا للتعسف في استعمال الحق ظاهرة، فالحقوق كلها مبنية على انتفاء الضرر ورفعه عن المسلمين، وما شرع من إقامةٍ للحق بدءاً من الإمام الأعظم إلى آخر من يُنِيبُهُ إِلَّا من أجل رفع الضرر عن المسلمين، فكلُّ ما أَوْقَعَ الحَرَجَ للغير لا شك أنه ضرر لا بد من رفعه.

وكل ما جاء في تحريم الظلم من الآيات والأحاديث دليلٌ على تحريم الضرر، لأنه نوعٌ من الظلم، فَعُلِمَ أَنَّ معنى الحديث السابق نفي سائر أنواع الضرر والمفاسد المترتبة شرعًا بما خصَّه الدليل، وأن المصالح تُراعى إثباتًا، والمفاسد تُراعى نفيًا، لأن الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة، لأنَّهُمَا نقيضان لا واسطة بينهما[4].

---

[1] أخرجه أبو داود، المرجع السابق، ج 3، ص315، رقم: 3635، أبو بكر الدينوري، المجالسة وجواهر العلم، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، دار بن حزم، بيروت، لبنان، د: ط، 1419هـ_1992م، ج7، ص259، وهو حسن.

[2] محمّد بن اسماعيل بن صلاح بن محمّد الحسني، التنوير شرح الجامع الصغير، تحقيق: محمّد إسحاق محمّد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، الطبعة: الأولى، 1432هـ_2011م، ج11، ص155.

[3] أبو يوسف بن عبد الله بن عاصم النمري، التمهيد لما في الموطأ من المعاني، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمّد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، المغرب، د: ط، 1387هـ_1967م، ج20، ص159.

[4] انظر: أحمد بن محمّد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي، الفتح المبين بشرح الأربعين، دار المنهاج، جدّة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1428هـ_2008م، ج1، ص517.

وقد اختلف الفقهاء الأربعة رحمهم الله في مسألة الاستدلال بهذا الحديث في مجال استعمال حق الملكيّة، فذهب الإمام الشافعي رحمه الله إلى أنّ الحديث ليس نصّا قاطعا في منع المالك من التصرّف في ملكه إذا ترتب على ذلك ضرر للغير، وإنّما يحتمل هذا الحديث نفي الضرر عن المالك عند منعه من التصرّف في ملكه، وأنّ في منع المالك من التصرّف ضرر أشد، غير أنّ المالك إذا قصد الإضرار بغيره عند استعمال حقّه، فهو يحمل أيضا وزر هذا القصد من الإثم.

ووافق هذا الرأي ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله الذي لم يعتبر الحديث كأصل يقيّد به حقّ المالك عند تصرّفه في ملكه قضاء، ولو تضرّر من ذلك غيره، فلا يعتبر المالك متعسفا ما دام في دائرة ملكه، لأنّ معنى الملك هو حريّة التصرّف، فتقييد هذه الحريّة نقص في أصل الملكيّة، ويبقى هذا التقييد للوازع الديني، فالديانة توجب على المالك ألّا يتّخذ من حقّ الملكيّة ذريعة إلى الإضرار بغيره، فالمالك ممنوع بحكم الديانة لا القضاء. [1]

لكنّ الواقع يفرض علينا الأخذ بما ورد عند الإمامان مالك وأحمد رحمهما الله تعالى، واللذان اتخذا من الحديث أصلا عاما في تقييد الحقوق كافّةً ولا سيما حقُّ الملكيّة، حيث فصّل فقهاء المالكيّة والحنابلة في وجوه الضرر التي قد تنشأ عن استعمال الحق ووضعوا لها الحلول بالاستناد إلى هذا الحديث.

الدليل الثالث: عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "**مَثَلُ القَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالوَاقِعِ فِيهَا، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلاَهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ المَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا، فَإِنْ يَتْرُكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا، وَنَجَوْا جَمِيعًا**".[2] ومطابقة الحديث للمطلب غير خفية، وفيه وجوب الصبر

[1] فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، المرجع السابق، ج5، 228.
[2] الحديث سبق تخريجه، ص67.

على أذى الجار إذا خشي وقوع ما هو أشد ضررًا، وأنه ليس لصاحب السَّفْلِ أن يُحْدِثَ على صاحب العُلُوِّ ما يَضُرُّ به ولو في استعماله لحقّه، وأن لصاحب العلو مَنْعَهُ من الضرر.[1]

وفي هذا الحديث تصوير رائع من النبي صلّى الله عليه وسلّم لعلاقات الجوار الواقعة بين النّاس ومنع الإضرار فيها، وقد مثّل النبي صلى الله عليه وسّلم للمجتمع بقوم اقترعوا على سفينة، فكان نصيب بعضهم الأعلى ونصيب البعض الأخر هو الأسفل، وهذه السفينة هي المجتمع الذي يعيشون فيه، ثمّ أعطى النبي صورة للتعسف في استعمال الحق والإضرار فيه، حيث أنّ هؤلاء الذين كان نصيبهم أسفل السفينة إذا أرادوا أن يحدثوا ثقبا في نصيبهم من السفينة لورود الماء دون تكبّد عناء الصعود للأعلى، فَيَلْزَمُ على الآخرين منعهم لأن ذلك تعسف في استعمال الحق، وسيسبب ذلك ضررا جسيما بالسفينة التي هي المجتمع الذي يعيشون فيه.

الدليل الرابع: جاء عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنّه قال: **"لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ"**، ثم يقول أبو هريرة: "مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ".[2]

اختلف العلماء فِي معنى هذا الْحَدِيثِ هل هو على النَّدب إلى تمكين الجار من وضع الْخَشَبِ على جِدَارِ جَارِهِ أم عَلى الوجوب، وفيه قَوْلَان لِلشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ مَالِكٍ أَصَحُّهُمَا فِي المذْهَبَيْنِ الندب وبه قال أبو حَنِيفَةَ وَالكُوفِيُّونَ، والثاني الْإِيجَاب وبه قال أَحْمَدُ وأصحاب الحديث وهو ظَاهِرُ الحديث، ومن قال بالندب قال ظاهر الحديث أَنَّهُم توقفوا عن العمل فلهذا قال مالي أراكم عنها مُعْرِضِين وهذا يدل على أنهم فهموا منه الندب لا الوجوب، ولو

[1] شهاب الدين أحمد بن عبد الملك القسطلاني، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميريّة، مصر، الطبعة: السابعة، 1323هـ_1913م، ج4، ص288.

[2] مسلم بن الحجاج أبو الحسن النيسابوري، المسند الصحيح المختصر، كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج3، ص1230، رقم: 136.

كان واجبا لما أطبقوا على الإعراض عنه.[1]

فقول النبي صلّى الله عليه وسلّم لازم لِلحَاكِمِ أن يَحْكُمَ به على مَنْ أباه وأن يُجْبِرَهُ عليه بالقضاء لأنه حق قضى به رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلِأَنه أيضا من الضِّرَارِ أن يَمنع جاره منْ غرز خَشَبَ بيته فِي جداره فَيَمْنَعُهُ بذلك الْمَنْفَعَةُ، وصاحب الجدار لا ضرر عليه فِي ذلك، كماَ يَدخُله أيضا قول رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم **لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**.[2]

ورأيي أن كل جار محتاج إلى جاره، لأن الإنسان لا يستطيع أن يستقل بنفسه لذلك قال صلّى الله عليه وسلّم :"لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره"، فالجدار الذي يُسَقِّفَ بواسطته البيوت، يوضع عليه خشبة لصاحبه وخشبة لجاره، ولا يلزم أن يبنى جدار هذا وجدار لهذا، لكن يبقى أنه يحصل الاتفاق، والبيان على أن هذا الجدار لفلان لئلا يحصل نزاع فيما بعد بين الورثة إذا انقرض ذلك الجيل، وجاء الجيل الذي يليهم، وأولاد الجار يقولون: الجدار لنا، فلا بد أن يكون الكلام مبيَّناً، وأن الجدار لفلان، كي لا يحصل نزاعٌ ولا شقاق، لكن ليس لمن بنى الجدار أن يمنع جاره من أن يضع عليه خشبةً، يَغْرِزُهَا في جداره[3].

فكل الأحاديث التي تمّ سياقها وتقديمها، إنّما تدلّ دلالةً واضحةً وبيّنة على منع التعسُّف في استعمال الحق، والذي يظهر جليّاً في قصد الإضرار بالغير أو منع الغير فيما لا مصلحة له ولا مفسدة تلحقه من ذلك.

الفرع الثاني: أدلة التعسف في استعمال الحق من الاجتهادات والقواعد الفقهيّة.

كان لعلماء الإسلام عبر مختلف العصور إسهام كبير في إثراء الفقه الإسلامي، حيث وسّعوا

---

[1] أبو زكريا محي الدين النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1392هـ_1972م، ج11، ص47-48.

[2] أبو عمر يوسف بن عاصم النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المرجع السابق، ج10، ص233، والحديث سبق تخريجه، ص59.

[3] عبد الكريم بن محمّد الخضير، دروس في شرح الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، د: ط، د: ت، ج16، ص137.

من التطبيقات الفقهيّة في مختلف القضايا ووضعوا القواعد والضوابط الشرعيّة التي تحكم العبادات والمعاملات استنادا إلى مصادر التشريع، وهذا ما زاد في ازدهار الفقه الإسلامي وأكّد صلاحيته لكلّ زمان ومكان، والتعسف هو واحد من بين تلك القضايا التي عالجها الفقهاء ووضعوا لها الأحكام، والأدلّة على ذلك أكثر من أن تحاط بالعدّ أو تُحصى بالعدد ومنها ما يلي:

أوّلا: الأدلّة من اجتهادات الصحابة: لقد كان دَأْبُ الصحابة رضوان الله عليهم تطبيق حُكْمِ الله عزّوجل فيما أوحى به لنبيه الكريم، مع تبليغ سنّته الطاهرة للعالمين مصونةً عن التحريف والنُّقص، إلّا أنّ ذلك لم يكن يمنعهم من الاجتهاد في بعض النوازل المستجدّة، التي لم يرد فيها النّص وإنّما كانت تقتضي البحث في التشريع الإسلامي وسعة الفهم ودقّة القياس، وقد اجتهد الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين في مسائل عديدة تتعلّق بالإساءة أو التعسف في استعمال الحق، ومن بين هذه القضايا ما يلي:

1_ روى مالك، عن عمرو بن يحيى المَازِنِيِّ، عن أبيه أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا[1] لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ[2]، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاللَّهِ. فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ "[3].

فعلى هذا يَحْتَمِل فِعْلُ عُمَر وجهين:

[1] **الخليج**: هو الجدول الصغير.

[2] **العريض** وهو من المدينة على ميلين، وهو تصغير عرض. والعرض الوادي.

[3] الأثر سبق تخريجه، ص108.

أَحَدُهُمَا: أنه على ظاهره ولمالك فيه ثلاثةُ أقوال:

الأوّل: المخالفة له على الإطلاق وبه قال أبو حَنِيفَةَ والدّليل على صِحته ما رُوِي عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: "**لَا يَحْلِبَنَّ أَحَدُكُمْ مَاشِيَةَ أَخِيهِ إلَّا بِإِذْنِهِ**"[1]، وَاللَّبَن يتجدّد ويَخْلُفُهُ غَيْرُهُ والْأرض التي يَمُرُّ فيها بالسَّاقِيَة لا يعتاض منها [2].

والثَّانِي: الْمُوَافَقَةُ لَهُ عَلَى وَجْهٍ وَذَلِكَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

وجه فِي أَنَّ مُخَالَفَةَ أَهْلِ زَمَنِ مَالِكٍ لِأَهْلِ زَمَنِ عُمَرَ فِي هَذَا الْحُكْمِ إنَّمَا كَانَ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ وَأَنَّ أَهْلَ زَمَنِهِ قَوِيَتْ فِيهِمْ التُّهْمَةُ بِاسْتِحْلَالِ مَا لَمْ يَكُنْ يَسْتَحِلُّهُ أَهْلُ زَمَنِ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وأَنَّ حُكم ابن الخَطّابِ تَمَثَّلَ فِي الْأَزْمِنَةِ الَّتِي يَعُمُّ أهلها وَيَغْلِبُ عليهم الصَّلَاح والدِّين والتَّحَرُّج عمّا لا يَحِلُّ، وأنّ الزَّمَن الذي يَعُمُّ أَهْلُهُ أو يَغْلِبُ عليهم استحلال أموال النَّاس بغير الحَقِّ لَوجب أن يُحْكَم فيهم بالمنع من ذلك، لأنه قد يَطُولُ الْأَمْرُ فَيَدَّعِي صاحب الماء الْمَمَرَّ فِي أرض من قضي له بإمراره فِي أَرضه فَيَدَّعِي مِلْكَ رَقَبَةِ الْمَمَرِّ، ويَدَّعِي فيها حُقُوقًا فيشهد له ما قضى له به، وَوَجْهٌ آخر وهو يَحْتَمِلُ أن تكون أرض مُحَمَّد بن مَسْلَمَة إنَّما صارت إليه بأن أحياها بعد أن أحيا الضَّحَّاكُ بن خليفة أَرْضَهُ وَمَلَكَ مَاءَه.[3]

والقول **الثَّالِثُ**: الْأخذ بقول عمر وحمله على إطْلَاقِ لفظه وأصل ذلك ما رُوِيَ عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: "**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**"[4].

ومناسبة هذا الحديث للفرع أنّ اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حادثة محمّد بن سلمة وقضاءهُ بمرور الماء على أرضه ولو جبرا، إنّما يدلُّ على ثبوت حقّ الارتفاق لأصحاب

[1] محمّد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب في اللقطة، باب لا يحتلب ماشية أحد بغير إذنه، ج3، ص126، رقم: 2435.

[2] أبو الوليد سليمان الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ_1922م، ج6، ص45.

[3] المرجع نفسه، ص46.

[4] الحديث سبق تخريجه، ص59

الأراضي المجاورة، كالسماح بمرور الماء في أرض الغير للسقيا والشّرب، وكذلك السماح بالعبور من خلالها واتخاذ الطريق فيها، فإن امتنع صاحب الملك من ذلك، اعتبر تعسف في استعمال حقّه، وعليه فقضاء عمر رضي الله عنه هو تطبيق لمبدأ التعسف في استعمال الحق.

2_ روى مَالِكٌ عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ:"كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّهِ رَبِيعٌ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحَوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ هِيَ أَقْرَبُ إِلَى أَرْضِهِ فَمَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ فكلّم عبد الرحمن بن عوف عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ"[1].

وأكثر أهل الأَثر يقولون في هذا بِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَيَقُولُونَ لَيْسَ لِلْجَارِ أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ مِمَّا لَا يَضُرُّهُ[2]، وفي مثل هذه الحال ينظر الْإِمَام في ذلك فإن رَأَى تحويلها مَنْفَعَةً للعَامّة في سُهُولَتِهَا وَقُرْبِهَا، أو أَقْرَب وَأَسْهَلَ فَلَهُ أَن يأذن في ذلك، وإن رَأى في ذلك ضَرَرًا على أَحَد منع منه وإن حَوَّلَهَا بغير إذن الإمام نظر فيه فإن رَأَى ذلك صوابا أمضاه وإلّا رَدّه.

ومثل ما قد قيل في الحديث السابق ينطبق على هذا الأثر، فاجتهاد عمر بن الخطّاب في هذه الواقعة حيث قضى لصاحب الربيع بتحويله إلى الناحية التي يريد من الحائط، رغما عن امتناع صاحب الحائط، دليل على اعتبار التعسف في استعمال الحق والقضاء استنادا لهذا المبدأ.

3_روى أبو جعفر الطبري عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ بْنِ الزُّبَيْرِ، قَالَ: "احتفر الزُّبَيْر قَنَاةً، فَبَلَغَ الْمَخرَج حَائِطًا لبعض الأنصار، فَمَنَعَهُ أن يُجرِي في حائطه أو يَحْفِرَ، فرفعه إلى عمر بن الخَطاب رِضْوَانُ اللَّهِ عَليه، فقال: ائذن له، فقال: لا أَفْعَلُ، قال: فَبِعْهُ إِذًا المَوْضِع الَّذِي يَسْلُك فيه، فقال: لَا أَفْعَلُ، قال عُمَرُ رِضوان الله عليه للزُّبَير: "انْطَلَقَ فَاحْفِرْ، فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْإِسْلَامِ،

[1] ملك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ج4، ص1080، رقم: 2761.

[2] أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، الاستذكار، تحقيق: سالم محمّد عطا ومحمّد علي معوّض، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2000م، ج7، 195.

وَلَا إِضِرَارَ"، قيل: إِنَّمَا ادَّعينا من الحُجَّةِ نقلا، عن نَبِيِّهَا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولم ندع من الأُمَّةِ إِجْمَاعا عليه"[1].

وهذا الأثر تابع لما تقرّر عندنا سابقا وهو أيضا من الأدلّة على اعتبار مبدأ التعسف في استعمال الحق عند القضاء، وهو يرمي إلى منع استعمال الحق كوسيلة لتحقيق أضرار بالغير، أو منع المنافع عن الناس دون أن يترتب على ذلك منفعة للمانع، وهذه الآثار وغيرها إنّما تدلّ على فقه الصحابة رضي الله عنهم وحرصهم على تبليغ الأمانة بعد النبي صلّى الله عليه وسلّم.

ثانيا: الأدلّة من القواعد الفقهيّة: إلى جانب ما ذكرنا من الأدلّة على تطرّق الشريعة لمسائل الإساءة في استعمال الحق، أو نظرية التعسف في استعمال الحق من القرآن الكريم والسنّة النبويّة واجتهادات الصحابة، فإنّ النظرية تستقي أصولها أيضا من القواعد والمبادئ الفقهية التي صاغها العلماء رحمهم الله عند استقرائهم للمبادئ العامّة للتشريع، ومن بين هذه القواعد والمبادئ ما يلي:

1_ **مبدأ سد الذرائع**: والذرائع: جمع ذريعة، والذريعة هي الوسيلة المؤدية إلى الشيء، سواء أكان مصلحة أم مفسدة، وسد الذرائع: منع الوسائل المفضية إلى المفاسد[2]، وهذه الذرائع الوسائل والطرق إلى الشيء الذي نهى الشارع عنه، وهي في الأصل مباحة، لكن من حيث إفضاؤها إلى المنهي تزول إباحتها، فسدّها الشرع ومنعها، وهذه القاعدة من أصول الفقه عند المالكية والحنابلة، وقد عُرفوا بها لكثرة استعمالهم لها، وقد نازعهم غيرهم في كونها أصلًا، مع أنه لا يخلو مذهب من بناء فروع عليها[3].

---

[1] محمّد بن جرير أبو جعفر الطبري، تهذيب الآثار وتفصيل الثابت عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، تحقيق: محمود محمّد شاكر، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ج2، ص792.

[2] عياض بن نامي بن عوض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمريّة، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1426هـ_2005م، ج1، ص211.

[3] محمّد بن الحسن الجعفري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1416هـ_1995م، ج1، ص162.

وعامة ما ورد في معنى سدُّ الذريعة يؤول إلى ما كان ظاهره الإباحة ويتوصل به إلى فعل محظور، كالمنع من بَيْع الدَّارِ، وَكِرَاؤُهَا لمن يَتَّخِذُهَا كَنِيسَةً، وكذا لمن يجعل فيها الخمر، أو بَيْع الْخَشَبة لمن يعملها صليبا، كما يَحْرم بيع السِّلاح لمن يَعْلَم أنَّه يريد قَطْعَ الطريق على المسلمين أو إثارة الفِتنة بينهم، والمراد بسد الذريعة الحيلولة دونها والمنع فيها، لأن ما يؤدي إلى المفسدة -وإن كان مباحا- يكون مفسدة، فيجب الامتناع عنه[1].

وقاعدة سد الذرائع تقوم مباشرة على المقاصد والمصالح، فهي تقوم على أساس أن الشّارع ما شَرَّعَ أحكامَهُ إلَّا لتحقيق مقاصدها، من جلب المصالح ودرء المفاسد، فإذا أصبحت أحكامه تستعمل ذريعة لغير ما شرعت له، ويتوسل بها إلى خلاف مقاصدها الحقيقية، فإن الشرع لا يُقِرُّ إفساد أحكامه وتعطيل مقاصده، ولا يجوز لأهل الشريعة أن يقفوا مكتوفي الأيدي أمام هذا التحريف للأحكام عن مقاصدها، بدعوى عدم مخالفة ظواهرها ورسومها[2].

"ومقصد سدّ الذرائع مقصد تشريعي عظيم استُفِيدَ من استقراء تصرّفات الشريعة في تشريع أحكامها، وفي سياسة تصرّفاتها مع الأمم، وفي تنفيذ مقاصدها"[3]، فهذه الشريعة العظيمة إذا أمرت بشيءٍ فإنها تأمر بجميع ما يتوقف حصول هذا الشيء عليه، وإذا نهت عن شيء فإنها تنهى عن جميع الأشياء التي يتوقف حصول هذا المنهي عليها وهذا من باب الكمال، فإن الشريعة إذا سدَّت بابًا فإنها تَسُدُّ معه جميع الأبواب المفضية إليه، وهذا هو عين الحكمة، وذلك ليكون سياجًا مانعًا من الوقوع في المحرم قصدًا، فإنَّه لما كانت المقاصد لا يُتَوصَّل إليها إلا بأسباب وطرق تُفْضِي إليها، كانت هذه الطرق وهذه الأسباب تابعة لها في الحكم.

والأمثلة على ذلك: أن النظر إلى المرأة حرام، والمفسدة هي الفتنة بهذه المرأة. فإنّ منع النظر للنساء لأنه يؤدي إلى الزنا، فإننا نبيح النظر إلى النساء إذا وجدت المصلحة الراجحة،

---

[1] مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، الطبعة: الخامسة، 1422هـ_2001م، ج1، ص355.

[2] أحمد الريسوني، المرجع السابق، ج1، ص74.

[3] محمّد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلاميّة، تحقيق: محمّد الحبيب بن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، قطر، د: ط، 1425هـ_2004م، ج2، ص102.

كأن تكون امرأة مريضة وجهها فيه مرض، فلابد أن يكشف الطبيب عليها بأن ينظر إلى موضع العلة وينظر إلى الوجه، فأبيح النظر إلى المرأة للمصلحة الراجحة وهي: علاج المرأة.

وهذه القاعدة إنّما اعتبرت من الأدلة على نظريّة التعسف في استعمال الحق، في كونها تمثّل الجانب الوقائي من ترتب الأضرار والمفاسد، وهو سبب ظهور نظريّة التعسف في استعمال الحق وتأسُّسِها، ذلك أن مبدأ سد الذرائع ينظر إلى مآل التصرّفات وما تنتهي إليه من منفعة أو مفسدة، وهذا النظر في مآلات الأمور هو نتيجة نظريّة التعسف في استعمال الحق.

2_ **قاعدة الأمور بمقاصدها**: ومعنى هذا:"أن أعمال المكلف وتصرفاته من قولية أو فعلية تترتب عليها نتائجها وأحكامها الشرعية تبعاً لمقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات"[1]، وهي تدلّ على مراعاة الشريعة الإسلاميّة للمقاصد والنيّات وأحسن من هذه العبارة صياغَةً، قول النبي صلى الله عليه وسلم: "**إنما الأعمال بالنيات**"[2].

وهذه قاعدة اتفق عليها الفقهاء، وهي إحدى القواعد الكبرى التي عليها مدار الفقه، ولا يكاد يخلو كتاب من كتب القواعد الفقهية، أو من كتب الفقه مِنْ نَصٍّ عليها، أو إشارة إلى معناها كما أنها قد وردت في بعض كتب الأصول[3].

وتظهر صلة المقاصد بالتعسف وفقا لهذه القاعدة في كون المقصد يمثّل الباعث، والذي يعتبر هو نفسه المعيار الذاتي في نظريّة التعسف في استعمال الحق، حيث يرمي هذا المعيار إلى إبطال التصرّف عند توفر القصد غير المشروع.

3_ **قاعدة تحمُّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام**: هَذِهِ الْقَاعِدَةُ مُقَيِّدَةٌ لِقَاعِدَةِ:" الضَّرَرُ لاَ يُزَال بِمِثْلِهِ "، أَيْ لاَ يزَال الضَّرر بالضَّرر إلاَّ إذا كان أحدهما عامّا والآخر خاصّا، فَيُتَحَمَّل حينئذ الضَّرَرُ الخَاصُّ لدفع الضَّرَرِ العَام، وهذه قاعدة مُهِمّة من قواعد الشَّرع مَبْنِيَّةٌ عَلَى المقاصد

---

[1] محمّد صدقي، موسوعة القواعد الفقهيّة، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2003م، ج1، ص124.

[2] الحديث سبق تخريجه. ص94.

[3] عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، المرجع السابق، ج1، ص195.

الشَّرْعِيَّةِ فِي مَصَالِح العباد اسْتَخْرَجَهَا المجتهدون من الإجْمَاع ومن معقول النُّصوص، فالشَّرع إِنَّمَا جاء لِيَحْفَظَ على النّاس دِينَهُمْ وَأَنْفُسَهُمْ وَعُقُولَهُمْ وأَنْسَابَهُم وأموالهم، فكل ما يكون بعكس هذا فهو مَضَرَّةٌ يَجِبُ إِزَالَتُهَا مَا أمكن وإلاّ فَتأيِيدا لمقاصد الشَّرْعِ يُدْفَعُ في هذا السَّبيل الضَّرَرُ الأَعَمُّ بالضَّرَرِ الأخصّ[1].

فلُحُوقُ الضَّرَرِ بِجالِب المصْلَحَةِ أو دافع المفْسَدَةِ عند مَنْعِهِ من استعمال حَقِّه لا يَخْلُو أن يَلْزَمَ من مَنْعِهِ الإضْرَارُ به بِحيث لا يَنجَبِرُ أَوّلاً، فإن لَزِمَ قُدِّمَ حَقُّهُ على الإطلاق ممّا إذا أَمْكَن انْجِبَارُ الإِضْرَارِ وَرَفْعُهُ جُمْلَةً فَاعْتِبَارُ الضَّرَرِ الْعَامِّ أَوْلَى فَيُمنع الجالب أو الدافع مِمَّا هَمَّ به، لأن المصالح العَامَّةَ مُقَدَّمَةٌ على المصالح الخاصَّةِ بِدليل النَّهي عن تَلَقِّي السلع وعن بيع الحاضر للبادي، وَاتِّفاق السَّلَف على تضمين الصُّنَّاع مع أَنَّ الأصل فِي كلّ منهم الأمانة، وذلك يقضي بِتَقْدِيم مَصْلَحَةِ الْعُمُومِ عَلَى مَصلحة الخصُوصِ لكن بحيث لا يَلْحق الخُصُوصَ مَضَرَّةٌ لا تنجبر[2]، ومن أمثلة هذه القاعدة، أنّه يجوز إجبار المدين القادر على قضاء دينه.[3]

4_ قاعدة الضرر الأشد يزال بالضَّرر الأخف: وردت هذه القاعدة بألفاظ مختلفة:

أ_ يختار أهون الشرين، أو أخف الضررين.

ب_ إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.

جـ_ وإذا اجتمع ضرران أسقط الأَصْغَرُ الأَكْبَرَ.

وهذه القواعد مهما اختلفت ألفاظها فهي متَّحِدَةُ في المعنى، أي أنَّ الأَمْرَ إذا دار بين ضررين أحدهما أشدُّ من الآخر فيتحمل الضرر الأخف، ولا يرتكب الأشد[4]، ذلك أنّ الضرر ليس على درجة واحدة، وإنما يتفاوت في ذاته وفي آثاره، والضرر يجب رفعه لقاعدة: "الضرر

---

[1] انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج28، ص181.

[2] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع نفسه، ج28، ص186.

[3] محمّد صدقي، موسوعة القواعد الفقهيّة، مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2003م، ج1، ص230.

[4] محمّد صدقي، الوجيز في شرح القواعد الفقه الكليّة، الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرّابعة، 1416هـ_1996م، ج1، ص260.

يزال"، وقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، ولكن إذا لم يمكن إزالة الضرر نهائياً، وكان بعضه أشد من بعض، ولا بدَّ من ارتكاب أحدهما، فتأتي هذه القاعدة: "الضرر الأشد يزال ويرفع ويتجنب بارتكاب الضرر الأخف"، وذلك لعظم الأول على الثاني، وشدته في نفسه، أو لأن الضرر الأول عام يعمُّ أثره، والضرر الثاني خاص وينحصر أثره، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[1].

ومعنى هذه القاعدة أن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، ولا بد من ارتكاب أحدهما، فيحتمل الضرر الأخف ويرتكبه، ولا يرتكب الأشد، لأن في ارتكاب الضرر وهو مفسدة مباشرة للحرام، وفعله لا يجوز إلا للضرورة، ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها جاز ارتكاب الأخف، لاندفاع الضرورة به ولا يرتكب الأشد لأنه لا ضرورة في حق الزيادة.

5_ قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح: يعْنِي أَنَّ الأمر إذا دار بين دَرْءِ مَفْسَدَةٍ وَجَلْبِ مَصْلَحَةٍ، كَانَ دَرْءُ الْمَفْسَدَةِ أولى من جلب المصلحة، وَإِذَا دار الأَمْرُ أَيْضًا بين دَرْءِ إِحْدَى مفسدتين، وكانت إِحْدَاهُمَا أَكْثَر فَسَادًا من الأخرى، فَدَرْء العليا منهما أولى من دَرْءِ غيرها[2]، فإذا تعارضت مَفْسَدَةٌ وَمَصْلَحَةٌ قُدِّمَ دَفْعُ الْمَفْسَدَةِ غالبا، لأنَّ اعْتِنَاءَ الشَّرع بالمنهيَّات أَشَدُّ من اعتنائه بالمأمورات[3].

ولذا قال عليه الصلاة والسّلام: "**إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدعوهُ**"[4].

ويظهر بذلك أن درء المفاسد، إنما يترجح على جلب المصالح إذا استويا أو غلب وقع

---

1 محمّد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ج1، ص219.

2 تقي الدين بن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمّد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة: الثانية، 1418هـ_1997م، ج4، ص447.

3 زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1999م، ج1، ص78.

4 مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الحج، باب فرض الحج مرّة في العمر، ج2، ص957، رقم: 1337.

المفسدة على المصلحة فيكون درؤها أولى[1]، فجميع أوامر النبي صلى الله عليه وسلم خير، والنواهي التي نهى عنها كلها شر، لأن الشريعة تأمر بالمصالح وتنهى عن المفاسد[2]، فإذا استعمل شخص حقّه وترتبت على ذلك مفسدة ومصلحة، يُنظر إيّهما أشدّ وأعظم، فإن كانت المصلحة غُلبت، وإن كانت المفسدة غُلبت، وإن تساوى الأمران غلبت المفسدة بعدم ارتكابها.

¹ تاج الدين عبد الوهّاب السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م، ج1، ص105.

² انظر: محمّد بن صالح العثيمين، شرح رياض الصالحين، دار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، د: ط، 1426هـ_2006م، ج2، ص618.

المبحث الثاني:

تطبيقات النظريّة في الفقه الإسلامي.

استنادا إلى ما سبق بيانه من اهتمام الشريعة الإسلاميّة بوضع الأحكام المترتبة على إساءة استعمال الحقوق، فقد عالج الفقه الإسلامي العديد من القضايا في مجالات مختلفة تتعلّق بهذا الموضوع، والتعسف في استعمال الحق هو ميدان خَصْبٌ عرف تطبيقاً واسعا في الشريعة الإسلاميّة سواءِ في المعاملات أو فيما يتعلّق بأحكام الأسرة، وهذا ما سنهتمّ بدراسته بعد التنويه إلى أنّ الباب الثاني من المذكرّة سنخصّصه لتطبيق النظريّة في مجال العقود، لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأوّل: تطبيقات النظريّة في أحكام فقه الأسرة.

المطلب الثاني: تطبيقات النظريّة في أحكام المعاملات.

المطلب الأوّل:

تطبيقات النظريّة في أحكام فقه الأسرة.

إنّ طبيعَةَ أَحْكَامِ فِقْهِ الأُسْرَةِ التي تبنى أساسا على العلاقات المباشرة، قد جعلت منها مجالا محتملا لحدوث التعسف في استعمال الحقوق إذا ما انحازت هذه العلاقات عن طريق الصواب، وتبنّت سُبل الأهواء واللذّات، وهذا يظهر بوضوح وَجَلَاءٍ في الواقع، فهذا النوع من الأحكام له طابع حسّاس، وعواطف الإنسان قد تسير به إلى فعل كلّ محرّم ومكروه واغتنام كلّ مباح لتحقيق المراد وإشباع هذه العواطف والأحاسيس، وتوجد الكثير من القضايا التي ينطبق عليها هذا التقديم، إلّا أنّنا سنقتصر في الكلام على موضعين مهمّين في أحكام فقه الأسرة من خلال فرعين:

الفرع الأوّل: التعسف في استعمال حق الخلع.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة.

الفرع الأوّل: التعسف في استعمال حق الخلع.

إنّ العِصمة بفك الرّابطة الزوجيّة كقاعدةٍ عامّة هي بيد الرّجل لاعتباراتٍ عدّة، إلّا أنّه استثناءً لهذا الأصل واعتبارا لكيان المرأة وكرامتها وعزّتها، منحت الشريعة الإسلاميّة للمرأة الحق في أن تنفصل عن زوجها، إذا لم تستطع الحياة معه، فَتَرُدَّ له ما دَفَعَهُ لها وتُخَالِعُهُ، فلا يقع الظلم على الرجل ولا على المرأة، لأن الطلب جاء من المرأة، وأما إذا كان هناك إضرار بالمرأة فهنا يلزم الزوج بالطلاق لأن التعدي جاء منه، وهذا كله من كمال التشريع، ولكن قد تستعمل المرأة حق الخلع بوجه يلحق الضرر بالزوج، وحكم الشرع في ذلك سنبيّنه فيما يأتي:

أوّلا: مفهوم الخلع: لقد عرِّف الخلع بعدّة تعريفات، سنذكر أهمّها بعد إعطاء التعريف

اللغوي له.

1_ تعريف الخلع لغة: خَلَع الشَّيْء يخلَعُه خَلْعا، واختلعه: كنزعه، إلَّا أن فِي الخَلْع مهلة، وسَوَّى بَعضهم بَين الخَلْع والنزع، وخلع الثَّوْب والرِّداء والنعل يخلَعُه خَلْعا: جرَّده، وَفِي التَّنْزِيل: ﴿ فَٱخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِٱلْوَادِ ٱلْمُقَدَّسِ طُوًى ﴾[1]، روي أنَّه أُمِرَ بخلعهما، ليَطأ بقدميه الْوَادي الْمُقدّس، وكل ثوب تَخْلَعه عَنْك خلْعةٌ وخَلَعَ امْرَأَته خُلْعا وخِلاعا، فاختلَعَتْ: أزالها عَن نَفسه، وَطَلقهَا[2].

وخالعت الْمَرْأَةُ زوجها مُخَالَعَةً إذا افْتَدَتْ منه وَطَلَّقَهَا على الْفِدْيَة فَخَلَعَهَا هو خَلْعًا، والاسم الْخُلْعُ بالضَّمِّ وهو اسْتِعَارَةٌ من خَلْعِ اللِّبَاسِ لأنّ كُلَّ وَاحِدٍ منهما لباس للآخر، فإذا فَعَلَا ذلك فكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ نزع لباسه عنه[3].

2_ تعريف الخلع اصطلاحا: لقد عرّف الفقهاء الخُلْعَ بتعريفات مختلفةٍ، إلّا أنّها تعود جميعا إلى معنى واحد مشترك بينها كما سيظهر، فعُرِّف الخلع بأنّه:" فرقة بين الزوجين تقتضي رد الزوجة إلى زوجها صداقها، وقبوله إياه"[4]. وَعُرِّفَ أيضا بأنّه:" إزالة الزوجيّة بلفظ الخلع أو معناه في مقابل عوض مالي تدفعه الزوجة لزوجها"[5]. ومن التعاريف الفقهيّة للخلع:" أنّه فرقة بَين الزَّوْجَيْنِ بعوض يَأْخُذهُ الزَّوْج"[6].

---

[1] طه الآية {12}.

[2] أبو الحسن علي بن اسماعيل المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2000م، ج1، ص139.

[3] محمّد علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلميّة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج1، ص178.

[4] سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الثّانية، 1408هـ_1988م، ج1، ص281.

[5] عاطف فؤاد صحصاح، الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون، دار إيجي، مصر، د: ط، 1420هـ_2000م، ص10.

[6] جلال الدين السيوطي، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، تحقيق: محمّد إبراهيم عبادة، مكتبة الأدب، القاهرة، مصر، د: ط، 1424هـ_2004م، ج1، ص57.

والتعريف الذي نختاره هو:" أنّ الخلع عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى الْبُضْعِ تَمْلِكُ بِهِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا وَيَمْلِكُ بِهِ الزَّوْجُ الْعِوَضَ"[1]. على أساس أنّه التعريف الجامع والمعبّر عن حقيقة الخلع وماهيته، حيث ورد فيه التعبير على أنّ الخلع هو عقد معاوضةٍ.

ثانيا_ أدلّة مشروعيّة الخلع: لا يختلف الفقهاء أن المرأة إذا كرهت زوجها لخَلْقِه أو خُلُقِهِ أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض، والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

فمن **الكتاب** قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[2].

هذه الآية الكريمة أباحت للزوجة أن تفدي نفسها عن طريق بَذْلِ المال لزوجها الذي هي تحت عصمته، كما يجوز له أن يقبل ذلك المال، وذلك إذا خافا عدم القيام بحقوق الزوجيّة على نحو ما شرع الله تعالى.

وأما **السنة**: فقد جاء في الأثر: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أتردّين عليه حديقته؟** " قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت: "**أقبل الحديقة وطلقها تطليقة**"[3].

ففي الحديث دلالة على أنّ المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله شُرع لها

---

[1] محمّد بن قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلميّة، الطبعة: الأولى، 1350هـ_1970م، ج1، ص188.

[2] البقرة الآية {229}.

[3] محمّد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج7، ص46، رقم الحديث: 5273.

الافتداء بمالها لفك عصمتها من زوجها، وأنّ على الزوج أن يقبل بذلك.

فالخلع يقع برضى الطرفين، وإن لم يتمّ التراضي بينهما رُفع الأمر إلى القاضي وله إلزام الزوج بالخلع، لأنّ ثابت وزوجته رفعا أمرهما إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم وحَكَمَ بينهما بإيقاع الخلع ورَدِّ المهر بعدما رضيت هي ورضى زوجها، ويمكن أن يقع رضا زوجها على ما دون المهر، أو أن تدفع هي أكثر من المهر، فكلّ ذلك جائز عند التراضي.

وأمّا **الإجماع**: فهو قائم بين الفقهاء ولا خلاف في مشروعية الخلع[1].

ثالثا_ الحكمة من مشروعيّة الخلع: لقد شرع الله تعالى الخلع لكي يخلّص المرأة من زوجها إذا كرهته ولم تستطع نفسها أن ترتاح إليه، فإذا لم توجد المودة من الطرفين أو لم توجد من الزوج وحده، فساءت العشرة، وتعسَّر العلاج، فإن الزوج مأمور بتسريح الزوجة بإحسان، أما إذا وُجدت المحبة من جانب الزوج دون الزوجة بأن كرهت خُلُق زوجها، أو كرهت نقص دينه، أو خافت إثماً بترك حقه، فإنه في هذه الحالة يباح للمرأة طلب فِرَاقِهِ على عوض تبذله له، وتفتدي به نفسها.

فالمرأة قد تكره البقاء مع زوجها لخَلْقِهِ أو خُلُقِهِ أو دينه أو غير ذلك بحيث تخاف إن بقيت معه ألا توفيه حقوقه المشروعة فتكون آثمة لتعديها حدود الله، وهي لا تملك طلاق نفسها فشرع لها الخلع كي تتجنب الوقوع في المعصية، وتتخلص من البقاء مع الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها وعقد جديد[2].

رابعا_ حكم الخلع: يختلف حكم الخلع تبعًا لاختلاف الحالات السائدة في العلاقة الزوجية وقت طَلَبِهِ فتارةً يكون جائزًا، وتارة أخرى يكون غير جائز، حيث يباح للمرأة أن تطلب الخلع من زوجها في حالة ما إذا كرهت البقاء معه لسبب ما كشقاق بينهما، أو لبغضها إياه، أو

---

[1] انظر: محمد بن علي، شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، دار آل بروم، د: ط، 1424 هـ -2003 م، ج29، ص93، وأبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1423هـ_2003م، ج3، ص341.

[2] عَبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق، محمَّد بن إبراهيم الموسَى، المرجع السابق، ج5، ص78.

سوء معاشرته وخافت ألا تؤدي حقه أو لا تقيم حدود الله في طاعته، ويُسَنُّ للزوج إجابتها في هذه الحال، وتكون الزوجة متعسّفة في استعمال حق الخلع في صور ثلاث:

الأولى: إذا كانت أمورهما مستقيمة، ولم يكن هناك ما يدعو إليه، لحديث ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم: **"أيما امرأة سألت زوجها طلاقًا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"**[1]، ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة، ويرى الشافعية جوازه في هذه الحالة إذا وجد الرضا من الطرفين لقوله تعالى: ﴿ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾.[2] ولأنه رَفْعُ عَقْدٍ بالتراضي جُعِلَ لدفع الضرر فجاز من غير ضرر.

الثانية: إذا عضل الزوج زوجته ليحملها على طلبه ويجعلها تطلب الخلع ولم تأت بفاحشة مبيّنة مصداقا لقوله تَعَالَىٰ:﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾ .[3] فإن خالعها في هذه الحال بلفظ الطلاق ونيته بعوض، فقد نص الحنابلة والشافعية على أن الطلاق يقع عليها رجعيا[4] إن كان دون ثلاث، ولا يستحق العوض، لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد، وإن كان بغير لفظ الطلاق كان حكم الخلع طلاق، وقع الطلاق بغير عوض، وإن قلنا إنه فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء.

---

[1] محمّد الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق محمّد عبد الباقي، أبواب الطلاق واللّعان، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، 1395هـ_1975م، ج3، ص485، رقم الحديث: 1187. صحّحه الألباني.

[2] النساء الآية {04}.

[3] النساء الآية {19}.

[4] ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب، د: ط، د: ت، ج8، ص194. وانظر: محمّد الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، د: ط، د: ت، ج2، ص246. وأحمد بن اسماعيل الكوراني، الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م، ج9، ص26.

الثالثة: ويحرم الخلع أيضا إذا كان حيلة على الأصح[1]، كأن يكون حيلة على إسقاط يمين الطلاق أي الذي يقصد منه إبطال الطلاق المعلَّق، ولا يصح ولا يقع، لأن الحيل خداع لا تُحِلُّ ما حرَّم الله ويترتب عليه، أنه إذا فعل المحلوف عليه بعده حنث في يمينه لعدم صحة الخلع.

وأخيرا يمكن القول بأنّ الشّرع الحنيف قد أعطى للزّوجة الحقَّ في مفارقة زوجها بواسطة ما يسمّى بالخلع، وذلك من أجل إحداث التوازن بين حقوق الزّوج وحقوق الزوجة في المسائل الأسريّة، وخاصّة عند طلب فك الرابطة الزوجيّة بينهما، فالزوج لا تمنح له الحرية المطلقة لإنهاء هذه الرّابطة، حتّى لا يتعسّف في استعمال حقّه في الطلاق، كما لا يمكن للزوجة أن تلتزم بالاستمرار في العيش مع زوج لا تطيق معاشرته أو لا تستطيع توفيّة حقوقه، لذلك منحها الشارع حق الخلع، لكن هذا الحق يبقى مقيّدا بحسن النيّة وعدم الإضرار بالزوج.

وعليه نستخلص أنّ حق الخلع إنّما شُرع للزوجة في مقابل إعطاء العصمة للزوج، ولها أن تستعمله عندما ترغب في إنهاء حياةٍ زوجيّة غير منسجمةٍ ولا تحقّق الغاية والهدف الأساسي من الزواج، فعلى الزوجة ألّا تحيد عن هذا القصد إلى قصد الإضرار بالزوج، وإلّا اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال حق الخلع تحت مبرّر أنّ الحقوق لم تشرّع للإضرار وإنّما شرّعت للإصلاح[2]، وكذلك تطبّق هذه القاعدة على المريضة مرض الموت إذا استعملت حق الخلع لقصد الإضرار بالورثة.

---

[1] انظر: شمس الدين المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى 1424 هـ -2003 م، ج8، ص447. وابن القيّم الجوزيّة، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، تقديم: أبوا عبيدة مشهور، دار بن جزي، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2002م، ج1، ص232.

[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النيّة وأثره في التصرّفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، د: ط، 1418هـ_1998م، ص672.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة.

لقد جعل الشّارع الحكيم للعلاقة الزوجيّة مَقَاصِدَ تقوم عليها من أجل تحقيق السكينة والراحة النفسية للزوجين، ممّا ينبغي على الطرفين بَذل الوسع والطاقة لتقويّة أواصر المودّة والألفة بينهما، وهذه الحالة المثاليّة التي يسعى الشّرع الحنيف لتحقيقها، لكن رغم هذا يبقى الإنسان معرّضًا للخطأِ والتقصير في تصرّفاته، فقد يحدث إخلال من أحد الطرفين بواجباته وهذا ما لم يغفله الشرع، فوضع أحكاما لكلّ ما قد يطرأ على العلاقة الزوجيّة من اختلال، ومنها ما يخصُّ مسألة نشوز الزوجة حيث أعطى للزوج في هذه الحال حقّ تأديب زوجته استنادا إلى معنى قوامته على أهله، لكنّ هذا الحق مقيّد بعدم التعسف في استعماله كما سنبيِّنه.

أوّلا: مفهوم حق التأديب:

1_ التأديب لغة: أدّبه أدبا أي: علّمه رياضة النفس على محاسن الأخلاق، وأدّبه تأديبا جازاه على إساءته، واستأدب أي تأدّب، والأدب هو الأخذ بمكارم الأخلاق[1].

والأَدَبُ: أدَب النَّفْس والدَّرْسِ، تقول منه: أَدُبَ الرجُلُ بالضم فهو أَديبٌ، وأَدَّبْتُهُ فَتأَدَّبَ، وابن فلان قد استأدَبَ، في معنى تأدب[2].

وفي لسان العرب: الأَدَبُ: الَّذِي يَتَأَدَّبُ بِهِ الأَديبُ مِنَ النَّاسِ وسُمِّيَ أَدَباً لأَنه يَأْدِبُ الناسَ إِلَى المحامِد، ويَنْهاهم عَنِ المقَابِح، وأَصل الأَدْبِ الدُّعاءُ، وَمِنْهُ قِيلَ للصَّنِيع يُدْعَى إِلَيْهِ الناسُ: مَدْعاةٌ ومَأْدُبَةٌ، والأَدَبُ: أَدَبُ النَّفْسِ والدَّرْسِ، والأَدَبُ: الظَّرْفُ وحُسْنُ التَّناوُلِ، وأَدُبَ بِالضَّمِّ، فَهُوَ أَدِيبٌ، مِنْ قَوْمٍ أُدَباءَ، وأَدَّبه فَتَأَدَّب: عَلَّمه، وَاسْتَعْمَلَهُ، وَفُلَانٌ قَدِ اسْتَأْدَبَ: بِمَعْنَى تَأَدَّبَ[3].

---

[1] سعدي أبو حبيب، المرجع السابق، ج1، ص17.

[2] إسماعيل الفارابي، المرجع السابق، ج1، ص86.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ج1، ص106.

وجاء في مادة أدّب: أَدَّبْته أَدَبًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ عَلَّمْته رِيَاضَةَ النَّفْسِ وَمَحَاسِنَ الْأَخْلَاقِ، والْأَدَبُ يَقَعُ عَلَى كُلِّ رِيَاضَةٍ مَحْمُودَةٍ يَتَخَرَّجُ بِهَا الْإِنْسَانُ فِي فَضِيلَةٍ مِنْ الْفَضَائِلِ والْأَدَبُ اسْمٌ لِذَلِكَ، وَالْجَمْعُ آدَابٌ مِثْلُ: سَبَبٍ وَأَسْبَابٍ وَأَدَّبْته تَأْدِيبًا مُبَالَغَةٌ وَتَكْثِيرٌ وَمِنْهُ قِيلَ أَدَّبْته تَأْدِيبًا إذَا عَاقَبْته عَلَى إسَاءَتِهِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يَدْعُو إلَى حَقِيقَةِ الْأَدَبِ[1].

2_ التأديب شرعا: عُرِّفَ التأديب بصفة عامّة أنّه:" الضَّرْبُ وَالْوَعِيدُ وَالتَّعْنِيفُ"[2].

وعرّف بعض الفقهاء المعاصرين التأديب أيضا بأنّه:" حق الزوج الذي أباحه له الشارع بمقتضاه يستطيع أن يؤذي زوجته بالقول والفعل إذا لم تطعه فيما أوجب الله من طاعته"[3]. أو هو سلطة يقرّرها المشرّع للزوج على زوجته النّاشز بالفعل تتمثّل في وسائل تأديب محدّدة من أجل تهذيبها وإصلاحها"[4].

ومسألة تأديب الزوجة قد وردت في كتب الفقه تحت موضوع النشوز، ومجمل ما قيل في تحديد مفهومها يدور حول هذه التعاريف المقدّمة.

ثانيا: أصل حق التأديب والحكمة من مشروعيته.

1_ دليل مشروعيّة حق التأديب: لقد دلّ على مشروعيّة التأديب الكتاب والسنّة.

أ_ من القرآن الكريم: في قوله تَعَالَى:﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ

---

[1] ابن علي الفيومي، المرجع السابق، ج1، ص9.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق، ج1، ص440.

[3] محمّد عبد المالك، استعمال حق تأديب الزوجة، مجلّة الأمن، العدد 43، السنة 11، 1388هـ_1968م، ص3.

[4] انظر: هلالي عبد الإله، تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1410هـ_ 1990م، 156.

إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾ .[1]

ووجه الدلالة في الآية أنّ الله عزّوجل قد جعل للزوج حق تأديب زوجته إذا نشزت أو اعوجّت، وأنّ وسائل التأديب التي يباح أن يركن إليها هي العظة والهجر في المضجع والضرب[2].

ب_ من السنّة النبويّة: قول النبي صلّى الله عليه وسلّم:" **أَلَا وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا، فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ، لَيْسَ تَمْلِكُونَ مِنْهُنَّ شَيْئًا غَيْرَ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غير مُبَرِّحٍ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا**"[3].

فالحديث يدلّ على أنّ للزوج حقَّ مباشرة تأديب زوجته عند نشوزها وتفريطها في واجباتها الزوجيّة، على أن يكون ذلك لعلاج هذا النقص الفادح من جانبها.

2_ الحكمة من مشروعيّة حق التأديب: قد أرشد القرآن الكريم إلى اتخاذ الطرق الحكيمة في معالجة هذا النشوز والعصيان، فأمر بالصبر والأناة، ثم بالوعظ والإرشاد، ثمّ بالهجر في المضاجع، فإذا لم تنفع كل هذه الوسائل فلا بدّ أن نستعمل آخر الوسائل وهو الضرب وهذا الأمر علاج، والعلاج إنما يحتاج إليه عند الضرورة، فالضرب بسواك وما أشبهه أقل ضرراً من إيقاع الطلاق عليها، لأن الطلاق هدم لكيان الأسرة، وتمزيق لشملها، وإذا قيس الضرر الأخف بالضرر الأعظم، كان ارتكاب الأخف حسناً وجميلاً.

فالضرب ليس إهانة للمرأة ولا ذلٌّ لها وإنما هو طريق من طرق العلاج وإصلاح الاعوجاج، ينفع في بعض الحالات مع بعض النفوس الشاذة المتمردة، التي لا تفهم بالحسنى، ولا ينفع معها

---

[1] النساء الآية {34}.

[2] ابن كثير، المرجع السابق، ص256-257.

[3] محمّد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، أبوب الرضاع، باب ما جاء في حقّ المرأة على زوجها، ج3، ص495، رقم: 1163.

الجميل[1].

فمشروعيّة ضَرْبِ النِّسَاءِ الناشزات لَيست بِالْأَمر المسْتَنْكَرِ بالعقل أو الفِطْرَةِ، فَيَحْتَاجُ إلى التَّأْوِيلِ، فهو أَمرٌ يُحْتَاج إليه في حال فَسَادِ البِيئَةِ وَغَلَبَةِ الْأَخْلَاقِ الْفَاسِدَةِ، وَإِنَّما يُبَاح إذا رَأَى الرَّجل أَنَّ رجوع المرأة عن نشوزها يَتوقَّف عليه، وإذا صَلَحَتِ الْبِيئَةُ، وصار النِّساء يَعْقِلْنَ النَّصِيحَةَ، وَيَسْتَجِبْنَ لِلْوَعْظِ، أو يَزْدَجِرْنَ بِالْهَجْر، فيجب الِاستِغْنَاء عن الضَّرْبِ، فَلِكُلِّ حَالٍ حُكْمٌ يُناسبها في الشَّرْعِ، ونحن مَأْمُورُونَ على كُلِّ حال بالرِّفق بالنِّساء[2].

وهذا الرأي أحق بالاتباع لأنه الوسط والصواب الذي لا بد من الأخذ به كأصل في هذه المسألة، والوسطيّة هي روح الإسلام وعنوانه، لذلك لابدّ على العامل بشرع الله عزوجل أن يجعل تأديب الزوجة بالضرب آخر العلاج إذا ظنّ أنّه المجدي، وأن يتركه إذا علم أنّه يفضي لنزاع أكبر ونشوز أشد.

ثالثا: ضوابط استعمال حق التأديب:

من حكمة الشارع الحكيم أن جعل التأديب حقٌّ للزوج على زوجته، والوالد لولده، والمعلم لطالبه، والسلطان لرعيته، لأن الشرع أذن لهؤلاء بتأديب من تحتهم، فلو فرض عليهم الضمان في حال الضرر لما تحققت المصلحة المرادة من التأديب وهي الإصلاح، لذا رخص الشارع في إيقاع المفسدة الصغرى بنيّة درء المفسدة الكبرى.

فهذا الإذن الشرعي بالتأديب يقتضي أنّ للزوج الحق في أن يُؤَدِّبَ زوجته ولا يعنف ولا يقبح ولا يضرب الوجه، فإذا أدبها وحصل ضرر فالأصل أنه يريد الخير لها ولا يُحْمَلُ على المِحْمَلِ السيء، فالْحَقُّ فِي تَأْدِيبِ الزَّوْجَةِ إِنْ نَشَزَتْ مسموح لِلْأَزْوَاجِ كأَثَرٍ من أثار عقد الزواج،

[1] محمّد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مؤسّسة مناهل العرفان، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1400هـ_1980، ج1، ص475.

[2] محمدّ رشيد رضا، المرجع السابق، ج5، ص62.

وذلك في حال خروجها عن طاعة زوجها أو تعمُّدها في التفريط بحقوق زوجها، ويمكن حصر شروط استعمال حق التأديب في ثلاث نقاط: أن يصدر من الزوجة سلوكا يجعلها ناشزا، وأن يلتزم الزوج بالوسائل التي حدّدها الشّرع، وأن يكون القصد من استعمال حق التأديب حمل الزوجة على الصلاح.

1_ نشوز الزوجة: فلا يجوز للزوج استعمال حق التأديب ما لم يصدر عن الزوجة سلوك يوصف بأنّه نشوز ومفهوم النشوز هو كما يلي:

أ_ يعرَّف النشوز **لغةً:** بأنّ النشز: اسم لمتن من الأرض مرتفع، والجميع: النُّشوز، ونشزتِ المرأةُ تنشِزُ فهي ناشزٌ، أي: استعصت على زوجها إذا ضربها وجفاها فهي ناشز عليه[1].

ب_ أمّا **اصطلاحا:** يعرّف نشوز الزوجة بأنّه: " معصية المرأة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له عقد الزواج"[2]. وهذا المعنى الشرعي لا يختلف عن معنى النشوز في حقيقته اللغويّة.

جـ_ التصرّفات التي تجعل المرأة ناشزا: إنّ طبيعة نفوس البشر المجبولة بالحرص على الحق الذي لها، وعدم الرغبة في بذل ما عليها، يعرّضها للخوض في مشاكل كثيرة خاصة بالنسبة للأزواج، حيث يقع النشوز، وتُعْلَنُ راية العصيان، وتتمزق أواصر العلاقة بين الزوج وزوجه، ولكي تصلح الأمور بين الزوجين لا بد من استئصال هذا الخلق الدنيء، واستبداله بضده، وهو السماحة ببذل الحق الذي على النفس، والقناعة ببعض الحق الذي يكون لها.

وتوجد أمارات عديدة تدلُّ على نشوز الزوجة، ويمكن أن يكون النشوز بالقول أو الفعل أو بهما معاً، والكل محرم، فالنشوز بالفعل كالإعراض عن الزوج، والعبوس في وجهه بحدّة، وعدم طاعته فيما يجب، والتثاقل والامتناع إذا دعاها لفراشه، والنشوز بالقول كأن ترفع صوتها

---

[1] الخليل الفراهيدي، المرجع السابق، ج6، ص232.

[2] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج10، ص7364.

عليه، أو تجبيه بشدة، أو بكلام خشن، أو تسبه وترميه بما ليس فيه ونحو ذلك[1].

ويمكن القول أنّ نشُوزُ الزَّوْجَةِ وَمَا يَتَّصِل بِهِ مِنَ الْحُقُوقِ يتمثّل في تركها الزِّينَةَ له مع الْقُدْرَةِ عليها، وترك الغُسْل، وَالْخُرُوجِ من المنزل بغير إِذْنِه الزوج، إلى غيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ صِلَةٌ بِالْعَلاَقَةِ الزَّوْجِيَّةِ، وهذا مُتَّفَقٌ عليه بين الفُقهاء، واختلفوا في جواز تَأْدِيبِهِ إِيَّاها لِحَقِّ الله تعالى كترك الصَّلاة وَنَحْوِهَا، فَجَوَّزَهُ البَعْض، ومَنَعَهُ آخرون[2].

والمرأة التي تخرج عن حقوق الرجل قد ترفعت عليه، وحاولت أن تكون فوق رئيسها، بل ترفعت أيضا عن طبيعتها وما يقتضيه نظام الفطرة في التعامل، فتكون كالناشز من الأرض الذي خرج عن الاستواء، فلمّا كان يجب أن تكون المعيشة بين الزوجين معيشة محبة ومودة وتراض والتئام، لم يشأ الله تعالى أن يُسْنِدَ النشوز إلى النساء إسناداً يدل على أن من شأنه أن يقع منهن فعلاً، بل عَبَّرَ عن ذلك بعبارة تُومِئُ إلى أن من شأنه أن لا يقع، لأنه خروج عن الأصل الذي يقوم به نظام الفطرة، وتطيب به المعيشة، ففي هذا التعبير تنبيه لطيف إلى مكانة المرأة، وإلى ما يجب على الرجل من السياسة لها وحسن التلطف في معاملتها، حتى إذا آنس منها ما يخشى أن يؤول إلى الترفع وعدم القيام بحقوق الزوجية، استعمل حقه في تأديبها[3].

2_ الالتزام بوسائل التأديب المحدّدة شرعاً: فإذا ما ثبت وقوع النشوز بالضوابط المذكورة، فإنّ ذلك ينشئ للزوج حقًّا في تأديب زوجته من أجل إصلاح هذا الخلل الطارئ من قبل الزوجة، ولكن عليه أن يلتزم بوسائل التأديب التي حدّدها الشّرع في آية النّشوز، وهي تلك التي ذكرناها سابقاً وهذا على الترتيب الآتي:

---

[1] محمّد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدوليّة، الطبعة: الأولى، 1430هـ_2009م، ج4، ص162.

[2] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج10، ص22.

[3] رشيد رضا، تفسير المنار، ج5، ص59.

أ_ **الوعظ والإرشاد**: وهي أول مرحلة ينبغي أن يسلكها الزوج عند ظهور بعض أمارات النشوز من زوجته، فيذكرها ما أوجب الله له عليها من حسن الصحبة وجميل العشرة، والاعتراف بالدرجة التي له عليها، وما له عليها من حق يجب أداؤه، وما يترتب على إضاعته من سخط الله وعذابه، فهو ترغيبٌ بأجر الطاعة، وترهيب من عقوبة المعصية، فيما يتعلق بحق الزوج عليها[1].

والموعظة عمل تهذيبي مؤثر، وهو أول واجب، ولكنه قد لا ينفع مع بعض النساء لهوىً في النفس، أو استعلاء بمال، أو جمال، أو جاه ونحو ذلك مما ينسي الزوجة أنها شريكة في حياة، وليست نداً في صراع.

ب_ **الهجر في الفراش**: والهجر حركة استعلاء نفسية من الرجل على كل ما تدلي به المرأة من نشوز وكبرياء، وإذا كان في المضجع فهو علاج نفسي بالغ، يفوّت عليها المقصد الأساسي من الزواج، ويكون هذا العلاج لمن لم يتقوّمن بالوعظ والتذكير[2].

ومكان الهجر في المضجع فقط، فلا يجوز للزوج أن يهجر زوجته أمام الأطفال، لئلا يورث في نفوسهم الشر، ولا أن يهجرها أمام الناس، لئلا يذلها ويهين كرامتها فتزداد نشوزاً وإصراراً، إنّما له أن يهجرها في المضجع ما شاء، قال ابن عباس: هجرها بأن يوليها ظهره في الفراش، ولا يلتفت إليها، وفي ضِمْنِهِ ترك كلامها وجماعها، وإذا هجرها في المضجع فإن كانت تحب الزوج شق ذلك عليها، وإن كانت تبغضه وافقها ذلك الهجران، فدل على كمال نشوزها.[3]

والهجر هو ضرب من ضروب التأديب لمن تحب زوجها، ويَشُقُّ عليها هجره إياها، وقد لا تنفع هذه الخطوة مع بعض النساء الناشزات، فينتقل إلى ما بعدها إن أصرت على النشوز.

---

[1] عايد الحربي، النشوز بين الزوجين، الجامعة الإسلاميّة بالمدينة، العدد 128، 1425هـ_2005م، ج1، ص27.
[2] محمّد بن إبراهيم التويجري، المرجع السابق، ج4، ص164، بتصرّف.
[3] محي السنّة البغوي، تفسير البغوي، المرجع السابق، ج1، ص613.

جـ_ الضرب غير المُبَرِّح: وهو المرحلة الأخيرة التي يلجأ إليها الزوج، ويستحسن عدم الشروع فيها، إذ لم يثبت أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم ضرب نساءه أبدا، والضرب دواء يُلجأ إليه عند الضرورة، وهو وإن كان أعنف من الهجر فهو أهون وأصغر من تحطيم بيت الزوجية بالفراق بسبب النشوز، والإصرار عليه، فإذا أصرت على النشوز ضربها ضرباً غير شديد ولا شائن[1].

ويجتنب أثناء الضرب الوجه تكرمة له، ويجتنب أماكن الجمال لئلا يشوهها، ويجتنب البطن وما يخشى منه الموت، وهذا الضرب ضَرْبَ تَأْدِيبٍ مصحوب بعاطفة المؤدب المربي، الذي يزاوله الوالد مع أولاده، فليس ضرب تعذيب للانتقام والتشفي، ولا ضرب إهانة للتحقير والإذلال، ولا ضرب قسر للإرغام على معيشة لا ترضاها.

ويكون الضرب غير المبرح باليد على كتفها، أو بعصاً خفيفة، أو بسواك ونحوه، لأن القصد هو التأديب لا التعذيب، وقد ورد حديث عن النَّبي صلى الله عليه وسلم أنّه كان يَخْطُبُ وَذَكَرَ النِّسَاءَ فَقَالَ:" **يَعْمِدُ أَحَدُكُمْ فَيَجْلِدُ امْرَأَتَهُ جَلْدَ العَبْدِ، فَلَعَلَّهُ يُضَاجِعُهَا مِنْ آخِرِ يَوْمِهِ**"[2].

فالضرب لا يكون إلّا بعد أن يستنفد الزوج وسائل الأدب الأخرى، من الوعظ والهجر، ثم لا يرى لذلك أثراً من إنابة وصلاح، فإن رأى حينئذ ضربها ناجعاً فله ذلك، وهذا يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص على أن يكون الضرب على قدر ما يحصل به الغرض، دون تجاوز أو تعد، لأن المقصود هو الزجر والتأديب.

والأولى الاكتفاء بالتهديد فقط وعدم تجاوزه إلى الضرب، لما قالت عائشة: " مَا ضَرَبَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْئًا قَطُّ بِيَدِهِ، وَلَا امْرَأَةً، وَلَا خَادِمًا، إِلَّا أَنْ يُجَاهِدَ فِي سَبِيلِ

---

[1] بلحاج العربي، أبحاث ومذكّرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، د: ط، 1416هـ_1996م، ج1، ص364.

[2] محمّد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب تفسير القرآن، باب: "لا تركبنّ طبقا عن طبق"، ج6، ص169، رقم الحديث: 4942.

اللهِ، وَمَا نِيلَ منْه شَيْءٌ قَطُّ، فَيَنْتَقِم مِن صاحبه، إِلَّا أَن يُنتهك شيء من محَارم اللهِ، فَينتَقِم لله عزَّ وَجل"[1].

3_ مراعاة القصد من استعمال حق التأديب: لما كان الزواج في الإسلام ميثاقاً غليظاً، وعهداً متيناً، ربط الله به بين رجل وامرأة، فأصبح كل منهما يسمى زوجاً بعد أن كان فرداً، وقد جعل الله كل واحد من الزوجين موافقاً للآخر، ملبياً لحاجاته الفطرية والنفسية والعقلية والجسدية، بحيث يجد عنده الراحة والطمأنينة والاستقرار، ويحصل لهما بهذا الاجتماع السَكَنْ والمودة والرحمة، وتلبية رغائب كل منهما في الآخر.

وقد عُنِيَ الإسلام بهذه الرابطة الكريمة عِنَايَةً فائقة، لتثمر أسرة صالحة، وحَيَاةً سَعِيدَةً، فأمرهما بحسن المعاشرة، وجميل الصبر، وحسن الخلق، فإذا طرأ على هذه الحياة السعيدة ما يُغَيِّرُ جَوَّهَا، ويُمَزِّقُ شملها، فقد أرشد الإسلام إلى تصفية الجو بما يُصلح حال الزوجين، وهذا هو مقصد الشارع الحكيم من إباحة التأديب للزوج على زوجته النّاشز، لذلك يجب أن يكون دافع الزوج من وراء استعمال هذا الحق هو إصلاح حال زوجته وحملها على الطاعة فيما فرضه الله عليها من حقوق زوجها، وكذلك لابد من اتفاق استعمال الحق مع الغاية المقصودة من تشريعه، ومجرّد الحياد عن هذه الغاية تجعل صاحب الحقّ متعسفا في استعماله[2].

رابعا: حدود استعمال حق التأديب: يظهر من خلال ما سبق وتناولناه أن حق تأديب الزوجة عند نشوزها، إنّما هو حق أباحه الشارع الحكيم للزوج إذا أراد إصلاح حال زوجته وعليه أن يراعي في ذلك الترتيب الذي جاءت به الآية الكريمة، فإن لم يراع الترتيب بأن تجاوز جميع المراحل وبدء بالضرب اعتبر متعسفا في استعمال حقّه، وأيضا إذا خرج في استعمال حق

---

[1] مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الفضائل، بَابُ مُبَاعَدَتِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْآثَامِ وَاخْتِيَارِهِ مِنَ الْمُبَاحِ، أَسْهَلَهُ وَانْتِقَامِهِ لِلَّهِ عِنْدَ انْتِهَاكِ حُرُمَاتِهِ، ج4، ص1814، رقم الحديث: 2328.

[2] عبد الإله أحمد، المرجع السابق، ص189.

التأديب عن الحدود الشرعية كأن ضربها ضربا شائناً أو قام بحرمانها من ولدها، لأنّ نشوز الزوجة لا يسقط حقها في الحضانة[1].

فكلّ هذا يُخرج الحق عن دائرة التأديب إلى دائرة التعسف في استعمال الحق، بل وحتى عند استعماله لوسيلة الهجر في المضجع فإنّه إذا تجاوز في مدّة الهجر الشرعيّة يكون متعسفا في استعمال حقّه، ولا يُسْأَلُ الزوج عن التأديب إذا كان في حدوده المشروعة لأنّه يباشر استعمال حق أباحه له الشّارع[2].

والحاصل أن للتأديب حدودا وشروطا، فإذا ما حاد الزوج بقصده وغرضه من استعمال التأديب عن المقصود الشرعي، فإنّ تصرّفه يكيَّف على أنّه تعسف في استعمال الحق فيتحمّل تبعته وأثره، فيعاقب على أنّه تعدٍّ على الغير، ومنه يمكن القول بأنّ حقّ التأديب هو حق مشروع بشروط وضوابط وفق أسباب محدّدة ومقدّرة، فإن قامت أسبابه بقي مقيّدا بمبدأ عدم التعسف حتّى لا يحيد هذا الحقّ عن الحدود المضبوط بها، وإذا استعمل الزوج هذا الحقّ سواء في معياره المادي وترتب عليه ضرر فاحش للزوجة جرّاء الضرب أو الهجر، أو وفق معياره الذاتي وذلك بالنّظر إلى قصد الزوج من استعماله الحق بأن حاد عن قصد التأديب إلى قصد الانتقام، ثبت بذلك تعسّف الزوج في استعمال حقّه.

[1] سيد سابق، فقه السنّة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثّالثة، 1397هـ_1977م، ج2، ص353.

[2] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، 1405هـ_1985م، ج1، ص518.

المطلب الثاني:

تطبيقات النظريّة في أحكام المعاملات.

تتميَّز أحكام المعاملات عن غيرها من الأحكام باتساعها الكبير في حياة الأفراد، والذي يجعل منها تشمل سلطات واسعة تمكّن الفرد من الاستئثار بها، وأنّ مجموع الحقوق التي تنطوي تحت أحكام المعاملات غالبا ما تتصف بالأنانيّة، خاصّة وأنّ الإنسان يسعى دائما وراء تحقيق منافعه الخاصّة، دونما اعتبار لما قد ينشأ من أضرار للغير عند استعماله لحقوقه، لذلك وضع الشّرع مجموعة من الأحكام عند استعمال هذه الحقوق، وهذا ليس تقييدا لها بقدر ما هو حفاظ على توازن المصالح، ومن بين هاته الحقوق التي يقع عليها التعسف حقوق الارتفاق وحقوق الملكيّة، وهو ما سنتناوله بالبحث في هذا المطلب من خلال فرعين اثنين:

الفرع الأوّل: تطبيقات النظريّة على حقوق الملكيّة.

الفرع الثاني: تطبيقات النظريّة على حقوق الارتفاق.

الفرع الأوّل: تطبيقات النظريّة على حقوق الملكيّة.

لقد أقرّت الشريعة حق الملكية، وشرّعت له من المؤيدات ما يثبته ويصونه ويحميه، بيد أنه مع ذلك قد قيدته بما لا يضر بالغير، فرداً كان أو جماعة، فحق الغير مُحَافَظٌ عليه شرعاً، ومن ثمّة فإن للحق الفردي صفة مزدوجة: فردية وجماعية في آن واحد، أما الفردية فلأن الحق ليس بذاته وظيفة بل هو ميزة، تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه، فحق الفرد هو حق شخصي في الأصل، وهو وسيلة لتحقيق المقصد المشروع.

وفي هذا اعتراف بكيان الفرد وتكريمٌ له، إذ أنّ الشريعة الإسلاميّة هي رسالةٌ تعتني أساساً بالفرد باعتباره اللبنة الأساس في بناء المجتمع، وأما الجماعية فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع اتخاذه

وسيلة إلى الإضرار بالغير، فرداً كان أو جماعةً، قصداً أو بغير قصد، بالنظر إلى مآلات استعماله بناءً على غائية الحق وأصول التكافل والتضامن الاجتماعي، ومبدأ الاستخلاف القائم على حسن استغلال الموارد التي أنعم الله تعالى بها على الإنسان[1].

أوّلا: تعريف الملكية.

1_ الملك لغة: المِلْكُ: ما ملكت اليد من مال[2]. والمُلْكُ، بالضّمِّ: "وَهُوَ ضَبطُ الشَّيْءِ المِتَصَرَفِ فِيهِ بالحُكْمِ"[3]. وجاء في مقاييس اللُّغةّ:" مَلَكَ الْإِنْسَانُ الشَّيْءَ يَمْلِكُهُ مَلْكًا، وَالِاسْمُ الْمِلْكُ: لِأَنَّ يَدَهُ فِيهِ قَوِيَّةٌ صَحِيحَةٌ، فَالْمِلْكُ: مَا مُلِكَ مِنْ مَالٍ"[4].

والمِلْكُ: ما يُمْلَكُ ويُتَصَرَّفُ فيه، وجمعه أملاك وفي القرآن قوله: ﴿ وَلِلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا﴾.[5] والملكية هي: المِلْكُ (بكسر الميم وتسكين اللام) أو التمليك، ويقال: بيدي عقد ملكية هذه الأرض، أي إثبات بأنّ هذه الأرض تحت يدي ولي حريّة التصرّف فيها.

2_ الملك اصطلاحاً: لقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة متقاربة في مرماها وإن اختلفت في مبناها، فقد عرّف بعضهم الملكية أو الملك بأنه: علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع تجعله مختصاً به، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف.[6]

كما عرّفه البعض أيضا بأنه:" الْقُدْرَةُ الشَّرْعِيَّةُ عَلَى التَّصَرُّفَاتِ الْحِسِّيَّةِ وَالشَّرْعِيَّةِ وهُوَ الْقُدْرَةُ،

---

[1] انظر: غالب غانم، المجامع الفقهيّة وأثرها في الاجتهاد المعاصر، مراجعة محمّد عسّاف، د: ط، د: ت، ج1، ص5.

[2] الخليل الفراهيدي، المرجع السابق، ج5، ص380.

[3] محمّد أبو الفيض الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د: ط، د: ت، ج27، ص348.

[4] ابن فارس، المرجع السابق، ج5، ص351.

[5] المائدة الآية {17}.

[6] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص2892.

واخْتِصَاصُ الْمَالِكِ بِالْمَمْلُوكِ". [1] وجاء في المادة 125 من مجلة الأحكام العدلية ما نصه أنّ:" الملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع ".[2] وفي الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة:" الْمِلْكَ هُوَ: الِاخْتِصَاصُ بِالْمَحَل فِي حَقِّ التَّصَرُّفِ".[3]

وعرّفه شيخ الإسلام ابن تيمية[4] رحمه الله في مجموع الفتاوى بأنه: " القدرة الشرعيّة على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية".[5] وجاءت هذه التعريفات على اعتبار الوصف واعتبار الارادة والقدرة على التصرّف في جميع ما يمتلكه الشخص من منافع أو ملكيات.

ثانيا: حق الملكية في الإسلام.

إن حرية التملك أصل مقرر في الإسلام، وإذا كان القرآن الكريم لم ينص صراحة على هذا الحق إلا أن الآيات القرآنية جاءت دالّة في تقريره، فكلّ ما قرّرته هذه الآيات من أنظمة لا تقوم إلا على أساس وجود الملك، وهي بذلك تؤكد وجود الملكية الفردية، أي حق الأفراد وحريتهم في التملك.

---

[1] علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الثانية، 1406هـ_1986م، ج5، ص108.

[2] مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص31.

[3] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج20، ص213.

[4] هو **أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام** ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقيّ الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية: الإمام، شيخ الإسلام. ولد وتوفي سنة (661 هـ -728 هـ _ 1263م -1328م) في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر. وطلب إلى مصر، فقصدها، فتعصب عليه جماعة من أهلها فسجن مدة، ونقل إلى الإسكندرية. ثم أطلق فسافر إلى دمشق سنة 712 هـ واعتقل بها سنة 720 وأطلق، ثم أعيد، ومات معتقلا بقلعة دمشق، كان كثير البحث في فنون الحكمة، داعية إصلاح في الدين. آية في التفسير والأصول. أنظر: أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،1403هـ_1971م، ج4، ص386.

[5] تقي الدين بن تيميّة الحرّاني، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الأولى، 1408هـ_1987م، ج4، ص106.

والكثير من آيات القرآن الكريم تشير إلى أموال الناس بما يؤكد اختصاصهم واستئثارهم بها، واعتبارها ملكاً لهم، يقول تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾.[1] والمعنى: أن هؤلاء الذين يجعلون في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم، هؤلاء في جنات يكرمهم الله بثوابه فيها، والسائل هو الذي يسأل، والمحروم هو الذي لا يسأل الناس فيظنه الناس غنياً غير محتاج.

ويقول سبحانه وتعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾.[2] والمعنى: خذ يا محمد من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها، وصلِ عليهم، أي وادْعُ لهم، إن دعاءك يُسَكِّنُ اضطراب نفوسهم[3].

ويقول عزّوجلّ: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾.[4] والمعنى: أن لا يأكل بعضكم أموال بعض بالباطل، ولا تدفعوها إلى الحكام لتمكّنوهم من اغتيال قسم من أموال الناس بالباطل.

فالقرآن الكريم إذا فرض الزكاة، وقرر الصدقة، وواجبات التكافل الاجتماعي، ونظم المواريث، والوصايا، فكل هذه المقررات لا توجد إلا على أساس الملكية.

والرسول صلى الله عليه وسلم قد أكد وجود الملكية قولاً وعملاً وإقراراً، فقد علمنا أنه: "**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه**".[5] وقوله في خطبته الشهيرة في حجة الوداع: "**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا** ".[6]

---

[1] المعارج الآية {24}.

[2] التوبة الآية {103}.

[3] فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ج16، ص 135.

[4] البقرة الآية {188}.

[5] أبو الحسن الدارقطني، المرجع السابق، كتاب البيوع، ج3، ص424، رقم 2885.

[6] محمّد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، أبواب الفتن، باب ما جاء في دماءكم وأموالكم عليكم حرام، ج4، ص461، رقم: 2159.

كما أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم، كان يملك الأشياء، ويبيع ويشتري، ويقر أصحابه وسائر المسلمين على التملك وعلى البيع والشراء.

ثالثا: حماية الإسلام لحق الملكيّة

لقد قرر القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة حمايَةَ الملكية بوسائل عديدة، فحرم أكل أموال الناس بالباطل وأنذر بالويل للمطففين، كما أن الله سبحانه وتعالى حرم الربا بكل ألوانه وأشكاله تحريماً قاطعاً، لأنه أكل لأموال الناس بالباطل، ولأجل ذلك أيضاً قرر الإسلام حدَّ السرقة حمايةً للمال الخاص، ومما يؤكد أن حد السرقة مقرر لحماية الملكية الفردية أساسا، التحرّز الشديد عند تطبيقه على السرقة من المال العام، وذلك لقيام شبه المشاركة في الملك.

وبناءً على ما تقدم فإن الملكية مُقَرَّرَةٌ شرعاً، وذلك باعتبارها حقاً مكفولاً للجميع ككل الحقوق، وكل ما يشترطه الشرع في الملك أن يكتسب بطريقة مشروعة، أي من حلال طيب، كالملك عن طريق الميراث، وعن طريق الوصية، وعن طريق البيع والشراء، وعن طريق إحياء وتعمير الأرض الموات، وكل ذلك مشروع وحلال.

رابعا: طبيعة حق الملكية في الإسلام.

إن الإسلام لم يجعل من الملكية حقاً مطلقاً، بل إن القيود الشرعية التي فرضها الشرع على الملاك تجعل من الملكية في المقام الأول وظيفة اجتماعية، فالله عزّ وجلّ هو خالق كل شيء، وهو المبدع الأول للكون كله، وقد خلق ما في الأرض جميعاً لينفع به عباده، وإذا كان المال يوزع بين نوعين من الملكية، نوع منه لا يكون ملكه إلا عاماً لصالح الجماعة ويعتبر مملوكاً للدولة، ومنه الماء والكلأ والنار على ما ورد بالحديث الشريف، ونوع منه يختص بمفرداته اختصاص مُلْكٍ، وما اختصاصهم بالملك بِمَانِحِهِمْ سلطة مطلقة في المال، لأنهم مستخلفين فيه، لذلك تعين على المالك الالتزام التام والكامل بالقيود الشرعية لاستعمال المال وتوظيفه واستثماره

وتنميته، والتصرف فيه بما يفيد وينفع الناس جميعاً، ويحقق صالح المالك نفسه وصالح الجماعة التي يعيش فيها.

خامسا: القيود الشرعية التي ترد على حرية الملكية.

لقد جعل الإسلام قيودا شرعية ترد على حرية الملكية، وهذه القيود تحقق مصلحة الجماعة دون الإخلال بالمصالح الفرديّة[1]، ولها أهداف عَظِيمَةٌ وحِكَمٌ جَلِيلَةٌ تظهر في عمليّة التملّك.

فبالنسبة للمالك:

1_ هناك أموال لا يجوز تملكها:

أ_ هذه الأموال لا يجوز تملكها، إما لأنها من الملكيات العامة شرعاً كالهواء، والماء، والكلأ، والنار، فالناس جميعاً شركاء في هذه النعم الضرورية للحياة، ولا يحق لأحد مهما كان السيطرة عليها، أو استغلالها لنفعه الشخصي.[2]

ب_ وإما لأنها محرمة شرعاً فلا يرد عليها ملك كالخمر والخنزير، إذ ورد النص الصريح بتحريمها.

2_ ليس للمالك الحق المطلق للتصرف في أمواله: وذلك لأنه:

أ_ ملزم شرعاً بحسن الإنفاق، بلا إسراف أو تبذير.

ب_ وهو مطالب بعدم حجب المال عن التداول والاستثمار والتنمية من أجل صالح المجتمع، وفي هذا دلالة قاطعة على تحريم اكتناز الأموال، لما في ذلك من حبس لها عن التداول والمشاركة في تنمية الموارد والتعمير والإصلاح، وتوفير احتياجات الناس.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، 4978.

[2] نظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج6، ص4583.

ومن الأمثلة على ذلك أن رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم، كان قد أقطع بلال بن الحارث العقيق[1] أرضاً (أي ملّكه إياها)، فلما عجز بلال عن إصلاحها أو تعميرها أو زراعتها كلها، طالبه عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالتنازل عنها لمن يستطيع زراعتها، فرفض بلال ذلك، فأرغمه عمر على ترك ما زاد على حاجته وقسمه بين المسلمين المحتاجين[2].

كذلك فإن من المقرر شرعاً، أن من قام بتحديد جزء من الأرض الموات (البور) وهو ما يسمى بالتحجير، أي: وضع علامات بالحجر، لإحيائه، فإن أحيا هذا الجزء من الأرض تملكه، ولكنه إذا قام بالتحجير ولم يبادر إلى إصلاحه والإفادة منه خلال سنوات ثلاثة يسقط حقه، وهو ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين قرّر: "أنه ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين"[3].

وقد أكد عمر بن الخطاب رضي الله عنه العمل بهذا المبدأ المهم الذي يدعو إلى صالح المجتمع، وإلى استمرارية حركة التعمير والتنمية والإصلاح، وهكذا تبدو لنا بجلاء ووضوح سمات الوظيفة الاجتماعية للملكية في الإسلام، وذلك من خلال ما فرض على المالك من واجبات هدفها الصالح العام، أما بالنسبة لعلاقة المالك بغيره: فالقيود الشرعية على المالك عديدة، ولهذه القيود هدفين:

---

[1] هو **بلال بن الحارث بن عاصم** بن سعد ابن قرة بن مازن بن خلاوة بن ثعلبة بن ثور ويقال بلال بن الحارث بن عاصم بن سعيد أبو عبد الرحمن المزني صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم من أهل بادية المدينة شهد الفتح وكان يحمل أحد ألوية مزينة وكان فيمن غزا دومة الجندل مع خالد بن الوليد وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث روى عنه ابنه الحارث بن بلال وعلقمة بن وقاص الليثي، أنظر: أبو القاسم بن عساكر، تاريخ دمشق، تحقيق: عمر بن غرامة العموري، دار الفكر، د: ط، 1415هـ_1995م، ج10، ص412_413.

[2] انظر: معمر بن راشد الأزدي، الجامع، باب قطع الأرض، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، باكستان، الطبعة: الثانيّة، 1403هـ_1982م، ج11، ص9.

[3] إسحاق بن منصور بن براهم، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، عمادة البحث العلمي، المدينة المنوّرة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1425هـ_2002م، ج6، ص3110.

الهدف الأول: عدم الإضرار بالغير:

يرجع تقرير هذه القيود إلى القاعدة العامة التي قررها الرسول محمد عليه الصلاة والسلام في حديث: "لا ضرر ولا ضرار "، وتطبيقاً لهذه القاعدة وتفريعاتها تتقرر القيود التي هدفها عدم الإضرار بالغير والتي منها ما يلي:

ــ تقرير حقوق الارتفاق على أرض الغير، من أجل صالح مالك الأرض المحبوسة عن الطريق أو غيرها، كحق المرور، وحق المجرى المائي.[1]

ــ تقرير حق الشفعة للمالك المشترك أو للجيران، وما يجيزه الشارع من أفضليتهم في التملك دون غيرهم، روعي فيه دفع الضرر الذي قد يصيبهم من شريك جديد أو جار جديد، فجاز بالشفعة أن يتملكوا الأرض جبراً عن صاحب الملك، إذا رغب في التصرف للغير.

ــ أنّ حرية المالك في التصرف في ملكه تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت مقيدة بحدود معيّنة، خاصة عند الإيصاء[2]، وذلك لمنع الإضرار بالورثة.

هذه بعض المبادئ المقررة بالنسبة للقيود التي ترد على الملكية لصالح الأفراد، من أجل ضمان علاقات طيبة بينهم بعيداً عن الخلافات والمشاحنات، ممّا يحقق عدم الإضرار بالغير.

الهدف الثاني: تحقيق صالح الجماعة.

فليس المالك ــطبقاً للأصول الشرعية المقررةــ حرٌّ في التصرف بملكه، بل إن المشرع قد فرض على الملكية حقوقاً وقيوداً لصالح الجماعة، باعتبار أن مصلحة الجماعة غالبة على مصالح الأفراد، ووفقاً لهذه الحقوق والقيود:

---

[1] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، باب: التصرّف في حقوق الارتفاق، ج3، ص15.

[2] أبو عمر دبيان، المعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أَصَالَة وَمُعَاصَرَة، مكتبة الملك فهد الوطنيّة، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الثالثة، 1432هـ_2012م، ج7، ص151.

_ فرض الله عز وجل على المسلمين الزكاة تؤخذ من أموالهم لتصرف في مصالح الجماعة، سواء أكانت مصالح الدولة بوجه عام، أو لمصالح الفقراء وأصحاب الاحتياجات بوجه خاص.[1]

_ للحاكم أن يأخذ من أموال الأغنياء إذا قامت الضرورة بمواجهة مصالح المجموع، إذا لم تكف موارد الدولة، وخاصة الزكاة للوفاء بها.

_ أي أن من حق كلّ حاكم أن يضع حداً أعلى لملكية الأموال، وأن يؤمم الملكيات التي يقتضيها الصالح العام للأمة، ويكون في إطار التنظيم العام للدولة، كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه للأراضي بالعراق[2].

سادسا: الأدلة على تحديد الملكية وتقييدها.

يستدل الفقهاء على تحديد الملكية بأدلة عديدة منها:

1_ ما دلّت عليه الآية الكريمة: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا ثُمَّ ٱسۡتَوَىٰٓ إِلَى ٱلسَّمَآءِ فَسَوَّىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَٰتٖۚ وَهُوَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ﴾.[3]والمعنى أنّ الله هو الذي خلق لكم كل ما في الأرض فتنتفعون به لمعاشكم، ثم وجه إرادته إلى السماء فجعلهن سبعاً طباقاً وهو بكل شيء عليم.

ويمكن أن نستخلص من هذه الآية ومفهومها: أنّ الأرض خلقت للناس جميعاً لا اختصاص لأحد منهم ولا أولوية فيها له، وإن كان لكلِّ إنسان حظُّه الذي يسد به حاجته،

[1] أبو عبد الرحمن بن إبراهيم البسّام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، كتاب الزكاة، مكتبة الأسدي، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الخامسة، 1423هـ_2003م، ج3، ص282.

[2] عبد الملك، محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428هـ-2007م، ج17، ص536.

[3] البقرة الآية {29}.

وتقوم به حياته في النطاق الذي تقرره العدالة وتحدده نواميس العمران ومقتضيات الاجتماع.

2_ كما جاء ذلك أنّ الأصل في الملكيّة تشريعها لأجل الصالح العام، والدليل على ذلك ما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "**الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الماء والكلأ والنار** ".[1]

فهذا الحديث الشريف وضع أساس الملكية الجماعية إلا أن هذه الأموال ليست أنواعها واردة على سبيل الحصر، بل يلحق بها كل ما كان مثلها في حاجة الناس جميعاً إليها.

3_ كما يستدلون على ذلك بما فعله الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه في أرض السواد بالعراق، عندما قرر تقسيمها على الفاتحين، خلافاً لما نص عليه القرآن وأبقاها تحت يد أصحابها الأصليين مقابل التزامهم بالخراج[2]، ويرون أن هذا الوضع مؤداه تأميم الأرض الزراعية باعتبار ملكية الرقبة فيها لبيت المال.

وعلى العموم فإن من حق الحاكم أن يتدخل بتحديد الملكية إلى المدى الذي تتحقق فيه مصلحة المجتمع ككل في وقت معين وظروف معينة[3]، وممن أقروا حق ولي الأمر العادل في نزع الأراضي من أيدي أهلها، وبهذا نعلم أن الملكية في الإسلام لها وظيفة اجتماعية، وأن عدم الإضرار بالغير وتحقيق صالح الجماعة من أهم أهداف القيود الشرعية على المالك، مع ضرورة استثمار المال وتنميته وحسن التصرف فيه، بما يحقق صالح المالك نفسه، وكذلك صالح الجماعة

---

[1] أحمد البيهقي، السنن الكبرى، كتاب: إحياء الأراضي الموات، باب: ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة، تحقيق: محمّد عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424هـ_2003م، ج6، ص248، رقم: 11832.

[2] انظر: أبو الحسن علي بن محمّد الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي معوّض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1999م، ج8، ص405.

[3] انظر: الشافعي أبو عبد الله محمّد بن إدريس، مسند الإمام الشافعي، كتاب: الزكاة، باب: في الأمر بها والتهديد بتركها، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1370هـ_1951م، ص22.

بوجه عام ليحقق مقصد الشريعة من حفظ المال.

وفي هذا أبلغ دلالة على أن الملكية في الإسلام حق خاص ذو وظيفة اجتماعية، فإذا ما حدث تعسف من صاحب الحق في استعمال حقه بما يعود على المقصد الشرعي بالنقض، أو على مصالح الغير بالضرر، أو استدعت ضرورة أو حاجة ماسة للدولة إلى تقييده، فإن الشريعة قد خولت السلطة الحاكمة صلاحية تقييد هذا الحق بعد تحقيق مناطه والنظر في مدى تحقيق ذلك التقييد لمقاصد الشريعة، والتبصر بمآلاته صلاحاً وفساداً.

ومنه نخلص إلى أنّ أموال الناس مصونة ولا يجوز للحاكم أن يتعرض لها بغير حق، وأن الناس مسلَّطون على أموالهم، ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئاً منها بغير طيب أنفسهم، إلا في المواضع التي تلزمهم، لكون مصادرة أموال الناس وتقييدها بغير حق ظلم ظاهر.

الفرع الثاني: تطبيقات النظريّة على حقوق الارتفاق.

الارتفاق هو أحد الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، وقد تناولناهما في فرعين متفرّقين لتجنب الوقوع في الخلط لتشعب كلّ منهما، فالارتفاقات تختلف فيما بينها من حيث موضوعها، حيث يوجد ارتفاق بالمجرى، وارتفاق بالمرور، وارتفاق بالمسيل، وارتفاق بالشّرب، ونحو ذلك[1]، ومسائل الارتفاق يكتنفها شيء من التداخل والغموض، وقد صرّح بذلك بعض الفقهاء المتقدمين، عند دراستهم لمسائل دعوى الحيطان والطرق ومسيل الماء وهي من أصعب المسائل مراماً، وأعسرها التئاماً، ولئن كانت مسائل الارتفاق صعبة ومعقدة في ذلك الوقت فهي اليوم أصعب، وأكثر إشكالاً، فقد تعددت أنماط المعاملات والعادات والأعراف، واستجدت أنواع كثيرة من الحقوق المتعلقة بالارتفاق.

[1] انظر: محمّد التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدوليّة، الطبعة: الأولى، 1430 هـ -2009 م، ج3، ص606.

أوّلا: تعريف الارتفاق:

1_ الارتفاق لغة: في اللُّغة المِرْفَق، مِرْفق اليدين، والمِرْفِقُ من الأمر: ما يُنْتَفَع به[1]. وفي التنزيل: قَالَ تَعَالَى:﴿ وَيُهَيِّئْ لَكُم مِّنْ أَمْرِكُم مِّرْفَقًا ﴾[2]، وَالْمَرْفِقُ مِنَ الْأَمْرِ وَهُوَ مَا ارْتَفَقْتَ بِهِ وَانْتَفَعْتَ.[3]

وقيل المِرفق مكسورٌ من كلِّ شَيْء، من المتَّكَأِ، وَمن الْيَد، وَمن الْأَمر، والْمِرفق من مَرافق الدَّار، من المغتسَل والكنيف وَنَحْوه.[4]

وجاء في لسان العرب أنّ لفظ الارتفاق: "هُوَ مَا ارتفَقْت بِهِ، وَيُقَالُ مَرفِق،كما يقال على سبيل البيان المِرْفِقُ فِي الأَمر، والمِرْفَقُ فِي الْيَدِ، والمِرْفَقُ المغْتَسَلُ، ومَرافِقُ الدَّارِ: مَصابُّ الْمَاءِ ونحوُها".[5]

2_ الارتفاق اصطلاحا: الارتفاق في استعمال الفقهاء أكثر ما يطلق على المنافع التي تتحقق للعقار وتثبت له، وهو اصطلاح متأخر لم يشتهر عند المتقدمين من الفقهاء، وإنما ذكروا له أحكاماً مختلفة في أبواب متفرقة، ويمكن أن نقف على التعاريف التالية:

جاء في مرشد الحيران: "الارتفاق هو حق مُقَرّرٌ على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر".[6]
ويطلق الْحَنَفِيَّةَ الارْتِفَاقَ عَلى ما يَرْتَفِقُ به، ويختصّ بما هو من التَّوَابِعِ، كالشُّرب ومسيل الماء

---

[1] نشوان بن سعيد العميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ_1999م، ج4، ص2570.

[2] الكهف الآية {12}.

[3] زين الدين الرازي، المرجع السابق، ج1، ص126.

[4] محمّد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللّغة، تحقيق: محمّد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2001م، ج9، ص102.

[5] ابن منظور الافريقي، المرجع السابق، ج10، ص118.

[6] محمّد باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميريّة، الطبعة: الثانية، 1308هـ_1891م، ج1، ص9.

وَالطَّرِيقِ وَالْمُرُورِ وَالْمَجْرَى وَالْجِوَارِ[1].

كما يعرّف حَقُّ الِارْتِفَاقِ بأنّه:" عِبَارَةٌ عَنْ حَقٍّ مُقَرَّرٍ عَلَى عَقَارٍ لِمَنْفَعَةِ عَقَارٍ آخَرَ مَمْلُوكٍ لِغَيْرِ مَالِكِ الْعَقَارِ الْأَوَّل"[2]، وَتَشْمَل حُقُوقُ الِارْتِفَاقِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ: حَقَّ الشُّرْبِ، وَحَقَّ المجرى، وَحَقَّ الْمَسِيل، وَحَقَّ الْمُرُورِ، وَحَقَّ التَّعَلِّي، وَحَقَّ الجِوَارِ، ونحو ذلك.

وخلاصة القول أنّ حق الارتفاق هو حق في عقار لمنفعة عقار آخر لغيره كالمرور في أرض الغير ونحو ذلك، ويجب ألا يؤدي استعمال حق الارتفاق إلى الإضرار بالغير، فلا يجوز للمار بأرض غيره إلحاق الأذى به، حقوق الارتفاق نوعان:

أ_ الأملاك العامة كالأنهار، والطرق، والجسور ونحوها مما لا يختص به أحد، فحق الارتفاق ثابت للناس جميعاً.

ب_ الأملاك الخاصة بفرد لا يثبت حق الارتفاق عليها، إلَّا بإذن المالك.

فالحكمة إذن من مشروعية حقوق الارتفاق دفع الضرر وتقليله على أصحاب الأملاك، ومراعاة حاجاتهم ومصالحهم، ولو لم تكن تلك الحقوق مشروعة لَلَحِقَ الناس في أملاكهم أنواع من الضرر، وربما كبر الضرر مع تطور الحياة ونموها وكثرة الحاجات، واتساع رقعة العمران والزراعة والإنتاج، فثبوت تلك الحقوق فيه مصلحة ظاهرة، ورفع للحرج والمشقة.

ثانيا: أنواع حقوق الارتفاق: حقوق الارتفاق تختلف بحسب حاجات الناس، وأشهرها: حق الشرب، حق المرور، حق المسيل، حق التعلي وحق المجرى.

---

[1] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج3، ص13.

[2] محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، كتاب الشّركة، باب إحياء الموات، بيت الأفكار الدوليّة، الطبعة: الأولى، 1430هـ_2009م، ج3، ص605.

1_ حق الشِرب:

أ_ **تعريف الشِرب**: الشِّرب **لغة**: بالكسر الحظ والنصيب من الماء.[1] ومنه قوله تعالى: ﴿ قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرۡبٌ وَلَكُمۡ شِرۡبُ يَوۡمٍ مَّعۡلُومٍ ﴾ .[2] وَفِي **الشَّرْعِ**: "الشِّرب هو النَّصِيبُ مِنْ الْمَاءِ لِلْأَرَاضِي لَا لِغَيْرِهَا"[3]. أو هو: "نَصِيبٌ مُعَيَّنٌ مَعْلُومٌ مِنْ النَّهْرِ".[4]

ويختلف الارتفاق بحق الشرب بحسب أنواع المياه التي ينتفع بها العقار، من مياه الأنهار الكبيرة والصغيرة ومياه الآبار والعيون والسيول وغيرها، وقد أورد الفقهاء مسائل كثيرة تتعلق بحق الشِرب، ولا يدخل في حق الشِّرْبِ (بالكسر) سقي الإنسان والحيوان، بل ذاك يسميه الفقهاء حق الشفة[5].

أما مقدار حق الشِّرب فهو الإرواء، لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله، وهو يختلف باختلاف الأرضين، وما فيها من شجر ونبت، ووقت الشرب صيفاً وشتاء، وحال الماء في استمراره واقطاعه، ولهذا فالمعتبر في حق الشرب هو قدر الكفاية، والكِفَايَةُ معتبرةٌ بالعرف والعادةِ المعهودة عند الحاجة.

ب_ التعسف في استعمال حق الشّرب:

الشِّرْبِ هو حَقٌّ لِعَامَّةِ المسلمين فَلِكُلِّ أَحَدٍ أن يَنتفع بهذه الأنهار بالشَّفة وَالسَّقي وشَقِّ النَّهر مِنها إلى أَرْضِهِ بأن أحيا أرضا مَيْتَةً بإذن الإمام وله أن يَشُقَّ إليها نهرا من هذه الْأَنْهَار وليس للإمام ولا لأحد مَنْعُهُ إذا لم يَضُرَّ بالنَّهر، لأنَّ هذه الأنْهَارَ لم تدخل تحت يَدِ أحد فلا

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج1، ص487.

[2] الشعراء الآية {155}.

[3] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، باب: مسائل الشرب، ج8، ص242.

[4] مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص32، المادّة: 143.

[5] **حق الشفة**: هو حق شرب الماء، أي حق شرب الماء لبني الإنسان، والحيوان.

يثبت الِاخْتِصَاص بها لأحد فكان النَّاس فيها كُلهم على السَّواء، فكان كُلُّ وَاحِد بسبيل من الانتِفَاع لكن بشريطة عدم الضَّرَرِ بالنّهر كالانتفاع بطريق العَامَّةِ وإن أَضَرَّ بالنَّهر فَلِكُلِّ وَاحِدٍ من المسلمين مَنعه لأنَّ ذلك حَقٌّ لِعَامَّةِ المسلمين، وإباحةُ التَّصرُّف في حَقِّهم مَشرُوطٌ بِانْتِفاء الضرر كالتَّصرّف في الطَّريق الأعظم.[1]

2_حق المجرى:

أ_ **تعريف المجرى**: المجرى **لغة**: مأخوذ من جري الماء جريا وجريانا، إذا سال، والمجرى يطلق على الموضع الذي يجري فيه الماء، ومنه **قوله**: ﴿ بِسۡمِ ٱللَّهِ مَجۡرٜىٰهَا وَمُرۡسَىٰهَآ﴾.[2] ويقال جرت الشمس وسائر النجوم، أي سارت من المشرق، إلى المغرب[3].

ويراد به في **الشرع**: "حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من شجر أو زرع "[4]، أو هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء، في إجراء الماء إلى أرضه لِسَقْيِهَا، وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً لصاحب المجرى، أو لصاحب الأرض التي هو فيها وهو الكثير، أو لهما معاً، أو مشتركاً بين كثيرين[5].

وهذا الحق تابع لحق الشرب، لأن الشرب وهو النصيب من الماء لسقي الأشجار لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمر به إلى الأرض المراد سقيها، فحق المجرى يتحقق عندما يكون لعقار حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر مَالِكُهُ غير المالك الأول.[6]

---

[1] انظر: علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص192.

[2] هود الآية {41}.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ج14، ص140.

[4] أبو عمر ذبيان، المرجع السابق، ج1، ص212.

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج6، ص4674.

[6] ذبيان الدبيان، المرجع السابق، ج1، ص212.

ب_ الأحكام المتعلّقة بحق المجرى:

المبدأ العام في الشرع أنه ليس لصاحب الأرض منع جاره من إمرار الماء في أرضه، عملاً بقول عمر المتقدم لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه: "**والله ليمرن به، ولو على بطنك**".[1]

وليس لصاحب الأرض أيضاً أن ينقل المجرى من مكانه، وإذا كان المجرى مشتركاً بين جماعة، فليس لأحدهم سده إلا برضا الجميع على أن يسده كل واحد في وقته المخصّص، فإن منعوه من سده، كان له رفع الماء إلى أرضه بآلة، ودليل اشتراط رضا الجميع بسد المجرى هو قاعدة: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".

وحق المجرى إن كان قديماً في أرض الغير يُتْرَكُ على حاله، عملاً بقاعدة: "القديم يترك على قدمه"[2] ولا يُزال، إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض، وإن أريد إحداث مجرى جديد فإن كان في طريق عام، أنشئ بإذن السلطة، لمنع الضرر وتحقيق المصلحة العامة، وإن كان في أرض مملوكة لغيره، أحدث بإذن المالك، ولكن ليس للمالك المنع من إحداثه، ما لم يلحقه ضرر بسببه.

3_ حق المسيل:

أ_ تعريف المسيل: المسيل **لغة**: السَّيْل مَعْرُوف، وجمعُه سُيول، ومَسِيل الماءِ وجمعُه أَمْسِلةٌ، وَهِي ميَاهُ الأمطار إِذا سالَت وتدفّقت، ومَن جَمَعَه أَمسِلَةً ومُسُلاً ومُسْلاناً، والمِسِيل: مَفْعِلْ من سالَ يَسيلُ مَسِيلاً ومَسالاً وسَيْلاً وسَيَلاناً، وَيطلق المِسِيل أَيْضا على: المكانُ الّذي يَسِيل فِيهِ

---

[1] الأثر سبق تخريجه، ص108.

[2] هذه القاعدة متفرّعة عن قاعدة اليقين لا يزول بالشك، ومعنى القاعدة هو: أن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين، فالشك الطارئ لا يزيله، وما ثبت عدم وجوده باليقين فلا يدعى وجوده بالشك الطارئ.

ماءُ السَّيْل[1]، والمَسِيلُ مَجْرَى الماء، وهذا هو المفهوم الشائع له، كما يطلق المسيل أيضاً على ماء المطر.[2]

أمّا حق المسيل **شرعاً**: "فهو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح، إلى المصارف والمجاري العامة، بواسطة مجرى أو أنبوب مستور، سواء من أرض أو دار أو مصنع"[3].

وهذا التعريف يشير إلى وجود تقارب في المفهوم بين حق المسيل وحق المجرى، إلّا أنّ الفرق بينهما يظهر في كون حق المجرى يتمثّل في حق جلب الماء الصالح للأرض، وحق المسيل لتصريف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار ونحوها، والمسيل قد يكون مملوكاً للمنتفع به، أو لصاحب الأرض التي يمر فيها، وقد يكون في مرفق عام.

ب_ أنواع المسيل: للمسيل أربعة أنواع:

_ **المسيل العام**: وهو الذي يشترك في حق الارتفاق فيه عموم الناس في عقاراتهم، فيسيل مياهه عبرها، بشرط عدم إلحاق الضرر بالأخرين.

_ **المسيل الخاص في عقار الغير**: بأن يكون للإنسان حق تصريف مياه عقاره إلى عقار غيره، وهذا النوع يجري بين أصحاب الأملاك المشتركة أو الجيران، وثبوت حق الارتفاق في هذا النوع يحكمه تغير العرف والعادة حسب الأمكنة والأزمنة.

_**المسيل المملوك في عقار الغير**: وهذا النوع كالنوع السابق، إلا أن المسيل هنا مملوكاً لصاحبه في أرض غيره، فالحق ثابت له فيه.

---

[1] محمد بن أحمد بن الأزهري، المرجع السابق، ج13، ص50.

[2] أبو الحسن علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2000م، ج8، ص520.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج6، ص4676.

_ **المسيل المشترك**: وهو الذي يكون بين مجموعة من أصحاب العقارات، ويدخل في هذا ما يكون اليوم في مباني المجمعات السكنية أو التجارية التي يكون تصريف مياهها ومجاريها مشتركاً، فلكل منهم الحق في الارتفاق فيه، من غير إحداث ضرر بالآخرين، ويلحق المسيل بالطريق في حكم القسمة بين الشركاء إذا تراضوا بما لا يضرُّ أيّا منهم، فإن حصل الضرر على أحدهم وجب إزالته، لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِي هذه الصُّورَةِ وقعت إضرَارًا، ولو اقْتسموا بأنفسهم جازت لتراضيهما بالضَّرر. [1]

جـ_ القيود الواردة على حق المسيل:

ذَهَبَ الْفُقَهَاءُ إِلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِجَارٍ حَقُّ الْمَسِيل عَلَى مِلْكِ جَارِهِ فَلَيْس لِمَنْ عَلَيْهِ حَقُّ الْمَسِيل أَنْ يَمْنَعَ جَارَهُ مِنْ هَذَا الْحَقِّ، وإذا تعينت أرض الجار لإحداث المسيل، لم يجز لمالكها المعارضة أو الممانعة فيه، إلا إذا ترتب عليه ضرر بيّن، ويظل هذا الحق قائماً، وإن تغيرت صفة الأرض المقرر لها، كأن كانت أرضاً زراعية، فصارت منزلاً أو مصنعاً مثلاً.

والْقَاعِدَةَ الْعَامَّةَ لِبَقَاءِ حَقِّ الْمَسِيل وَمَا يُمَاثِلُهُ مِنْ حُقُوقٍ: أَلاَّ يَتَرَتَّبَ عَلَيْهَا ضَرَرٌ، وَإِلاَّ وَجَبَ إِزَالَةُ مَنْشَأِ هَذَا الضَّرَرِ، وإذا كان حق المسيل قديماً، بقي على حاله، ما لم يكن ضاراً بالمصلحة العامة أو الخاصة، فيجب حينئذ إزالته.[2]

4_ حق المرور:

أ_ **تعريف المرور**: المرور **لغة**: مصدر مرّ يمر المرُّ: المرُور.[3] وهي بمعنى مرّ وذهب[4]، وَمَرَّ بِهِ مِنْ

[1] علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ج7، ص20.
[2] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج37، 304.
[3] الخليل الفراهيدي، المرجع السابق، ج8، ص261.
[4] محمّد الأزهري، المرجع السابق، ج15، ص143.

بَابِ رَدَّ أَيِ اجْتَازَ، وَمَرَّ وَمُرُورًا أَيْضًا أَيْ: ذَهَبَ، وَالْمَمَرُّ بِفَتْحَتَيْنِ مَوْضِعُ الْمُرُورِ.[1]

وفي **الشّرع**: هو حق الإنسان في المرور، ويعرّف عموما بأنّه:" حق أن يصل الإنسان إلى ملكه، داراً أو أرضاً، بطريق يمر فيه، سواء أكان من طريق عام، أم من طريق خاص مملوك له أو لغيره، أو لهما معاً".[2]

ب_ التعسف في الارتفاق بحق المرور:

تختلف طبيعة الارتفاق في حق المرور بحسب الطريق الذي يكون فيه المرور، كما يختلف حكمه بحسب نوع الطريق:

_ **فإن كان الطريق عاماً**: لا يختص به فرد أو جماعة معيّنة فلكل إنسان حق الانتفاع به، لأنه من المباحات، سواء بالمرور، أو بفتح نافذة أو طريق فرعي عليه، أو إنشاء شرفة ونحوها، وله إيقاف الدواب أو السيارات أو إنشاء دكان للبيع والشراء، ولا يتقيد إلا بشرطين:

الأول: السلامة، وعدم الإضرار بالآخرين، إذ لا ضرر ولا ضرار.

الثاني: الإذن فيه من الحاكم.

فإن أضر المار أو المنتفع بالآخرين، كأن أعاق المرور، مُنِع من ذلك، وإن لم يترتب على فعله ضرر جاز باتفاق، لأنّ من سبق إلى شيء لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به، أما الخلاف فقد وقع في اشتراط طلب الاذن، وهذا ليس موضع سياق للخلافات في هذا الشأن، وقد قرّر المالكية أنّه من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئاً من الطريق إلى ملكه، منع منه باتفاق[3].

---

[1] زين الدين الرازي، المرجع السابق، ج1، ص293.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج6، ص4676.

[3] أبو القاسم بن جزي، القوانين الفقهيّة، باب: المرافق ومنع الضرر، د: ط، د: ت، ج1، ص224.

_ **وأما إن كان الطريق خاصاً:** فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله أو المشتركين فيه، فليس لغيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا منهم، ولكل الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام، وليس لأصحابه سده أو إزالته، احتراماً لحق العامة فيه.

كذلك ليس لأحد من أصحاب الحق في الطريق الخاص الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم، حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن، كإحداث غرفة، أو بناء شرفة.

والطريق الخاص لجماعة معينين، هو مشترك بينهم وإن كان لغيرهم حق المرور فيها، ولذلك لا يجوز لهم سدها أو بيعها وإن كانت في الأصل ملكاً لهم، كما لا يجوز لأحد منهم إحداث شيء فيها إلا بإذن الشركاء، وقد يتقرر حق الارتفاق بالمرور في عقار لمصلحة عقار آخر، وقد ترجم البخاري في صحيحه مبيّناً ذلك فقال في المساقاة: "باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل"[1]، وهو ما نصت عليه المادة 1225 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر، فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور". [2]

5_ حق التعلّي:

أ_ تعريف التعلّي: التَّعَلِّي فِي **اللُّغَةِ** لَهُ مَعَانٍ، مِنْهَا: أَنَّهُ مِنَ الْعُلُوِّ، وعَلا النهارُ واعْتَلَى واسْتَعْلَى أي ارتفع، وَعَلاَ الشَّيْءُ عُلُوًّا فَهُوَ عَلِيٌّ: ارْتَفَعَ، والعُلُوُّ: العَظَمة والتَّجَبُّر، ويأتي بمعنى التكبُّر في الأَرض ومنه قولهَ **تَعَالَىٰ**:﴿ تِلْكَ ٱلدَّارُ ٱلْءَاخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا﴾ .[3]

---

[1] محمّد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، ج3، ص114.

[2] مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص236.

[3] القصص الآية {83}.

وقولنا تَعَلَّى أَي عَلا فِي مُهْلة[1].

وَهُوَ فِي الاِصْطِلاَحِ **الشّرعي** لاَ يَخْرُجُ عَنْ هَذَا المفهوم، إِذْ يُرَادُ بِهِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ: "رَفْعُ بِنَاءٍ فَوْقَ بِنَاءٍ آخَرَ"[2]. وقد عرّفه بعضهم بأنّه: "حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا، على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها".[3]

والحاصل أنّ حق التعلّي هو حق ثابت لكلّ إنسان يريد التوسعة على نفسه، بالبناء للأعلى وزيادة الطبقات، الواحدة فوق الأخرى.

ب_ أَحْكَامُ حَقِّ التَّعَلِّي:

_ كُل أَحَدٍ لَهُ حق التَّعَلِّي عَلَى حَائِطِهِ وَبِنَاءُ مَا يُرِيدُ، وَلَيْسَ لِجَارِهِ مَنْعُهُ مَا لَمْ يَكُنْ ضَرَرًا فَاحِشًا يلحق بالجار، فإن لحق الجار ضررٌ فاحش وجب على المالك الالتزام بعدم التعلّي وإلّا اعتُبر متعسِّفا في استعمال حقِّه.

_ ليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر، وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه، وإلا كان متعسفا في استعماله لحق التعلّي.

ونخلص إلى أنّ حقوق الارتفاق لها أحكام عامة تخضع لها، تقتضي بقاءها إذا ثبتت ما لم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب على ذلك ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال المسيل القذر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، عملاً بالحديث النبوي المتقدم "**لا ضرر ولا ضرار**"[4]، ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه[5]، وكلّ من خرج عن نطاق هذا التقرير اعتبر متعسّفا في استعمال حقه في ذلك.

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج15، ص85.

[2] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج12، ص292.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج6، ص4678.

[4] الحديث سبق تخريجه، ص59.

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص2904.

الفصل الثاني:

نظريّة التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.

وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: أصول النظريّة وأسسها في القانون الوضعي.

المبحث الثاني: تطبيقات النظريّة في القانون الوضعي.

تمهيد:

عرفت النظرة القانونيّة في مجال الحقوق تغيُّرات عديدة نظرا لاختلاف الحدود المكانيّة والزمانيّة التي مرّت بها البشريّة، وهي النظرة العامّة التي تُرجمت من طرف المفكِّرين إلى سلوك اجتماعي، ممَّا أدّى إلى إعطاءها صبغةً تشريعيّة جعلت منها بمثابة القاعدة القانونيّة.

وعلى هذا الأساس نهضت مختلف النظريّات الحقوقيّة التي نادت بها أغلب القوانين الوضعيّة، فالقوانين التي بين أيدينا ما هي إلّا عُصَارَة جهود فكريّة تطوّرت عبر الزمن، وتغيّرت بتغيّر الحياة وتعدد الاحتياجات، وهذا التطوّر والتغيُّر راجع إلى قصور الفكر البشري عن إدراك الأمور وتحقيق المقاصد والعلم بالمآلات، فقد كان الفقه القانوني القديم يعطي أصحاب الحقوق الحريّة المطلقة للتصرّف في حقوقهم ويضعها فوق كلّ اعتبار، لكنّ هذه النظرة التقليديّة للحقوق تلاشت مع مرور العصور، وبرزت على أنقاضها نظريّات عديدة تعمّقت أكثر من ذلك في دراسة الحقوق، حتى أصبح الفقه القانوني الحديث يحكم على الحقوق من ناحية مشروعيّة استعمالها، معتبرا في ذلك المقاصد والمآلات الظاهرة التي يمكن ملاحظتها.

فلم يعد استعمال الحقّ مطلقا ولا متروكا لإرادة صاحبه، وإنّما أصبحت الحماية القانونيّة للحقِّ مشروطةٌ بالاستعمال المشروع فقط، أمّا الاستعمال الذي يَحِيدُ به صاحب الحقِّ عن مساره الطبيعي فلا يخضع لحماية القانون، وإنّما يصير عُرضةً للمساءلةِ القانونيّة إذا نتج عنه ضرر بالغير، وبذلك استقرَّ مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها، وأصبحت نظريّة التعسف في استعمال الحق والتي تُعَبِّرُ عن هذا المبدأ نظريّةً أساسيّة ومستقرَّةً في أصول القانون الوضعي، وذات تطبيقات واسعة، وسنخصِّص هذا الفصل للحديث عن ذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأوّل: أصول النظريّة وأسسها في القانون الوضعي

المبحث الثاني: التطبيقات القانونيّة والقضائيّة للتعسُّف في استعمال الحق.

المبحث الأوّل:

أصول النظريّة وأسسها في القانون الوضعي.

أضحت نظريّة التعسُّف في استعمال الحق تحتلُّ مكانةً رفيعة، وتكتسي أهميّة بالغةً في مختلف الأنظمة القانونيّة، رغم أنّها ليست من النظريّات الحديثة النشأة، فقد عرفها الفقه القانوني القديم وتطوّرت مع تطوّر القانون، وقد مرّ الفقه القانوني بمراحل متعدّدة في معالجته لهذه النظريّة، قبل أن يستقرّ عليها الفقه الحديث كنظريّة واضحة المعالم ذات أسس ومعايير، يستمدُّ منها أهل القانون أحكامهم المختلفة، ويستعملونها لضبط استعمال الحقوق بين أفراد المجتمع وحمايتها، ورفع التعسف في استعمالها إذا كانت تؤدّي إلى الإضرار بالغير، وقد أخذت بهذه النظريّة أغلب الأنظمة القانونيّة، كما أنّ المقنن الجزائري قد نصّ عليها في مواد القانون المدني.

ولبيان الأصول التاريخيّة لهذه النظريّة ورأي الفقه القانوني المقارن والقانون المدني الجزائري فيها، رأينا أن نقسِّم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأوّل: تاريخ النظريّة ومعاييرها الفقهيّة في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: نظريّة التعسف في الفقه المقارن والقانون الجزائري.

المطلب الأوّل:

تاريخ النظريّة ومعاييرها الفقهيّة في القانون الوضعي.

لقد تعدّدت المعايير القانونيّة المطروحة لتحديد حالات التعسف في استعمال الحق، إلّا أنها تباينت وتراوحت بين المعايير الشخصيّة التي تقوم على البحث في بواطن الأشخاص ونواياهم، وبين المعايير الموضوعيّة التي يُعتمد فيها على نتائج الأفعال وظواهرها، وما هذه المعايير التي وضعها رجال الفقه القانوني إلّا نِتَاجُ بحث واستقراء عميق في مراحلَ تطوُّرِ النظريّة بِدءاً من القانون الروماني القديم وصولا إلى الفقه القانوني الحديث، ومن أجل توضيح ذلك قمنا بتقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأوّل: التطوُّر التاريخي لنظريّة التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: المعايير الفقهيّة لنظريّة التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأوّل: التطوُّر التاريخي لنظريّة التعسف في استعمال الحق.

مرّت نظريّة التعسف في استعمال الحق قبل وصولها إلينا على هذا الشكل بعدّة مراحل، تميّزت كلُّ مرحلةٍ عن الأخرى واختلفت باختلاف وجهات نظر فقهاء القانون للحقوق من حيث المصدر والغاية، وأهم المراحل التاريخيّة التي مرت بها النظريّة ما يأتي:

أوّلا: نظرية التعسف في القانون الروماني القديم: لقد كان للقانون الروماني القديم شَرَفُ السَّبْقِ في التعرُّض لفكرة التعسف في استعمال الحق من بين مختلف النظم القانونيّة، ويظهر هذا عند استقراء مجمل القضايا التي برزت في ذلك العصر، مع ملاحظة انعدام النصوص الصريحة التي تقرّر نظريّةً مستقلّةً للتعسف في استعمال الحق في هذه المرحلة، حيث لم يكن القانون الروماني وليد النظريات القانونيّة، بل كان يعتمد على المسائل الحقيقيّة التي تُعرَضُ على

الفقهاء في ذلك الوقت.

ولذلك نجد أنّ القانون الروماني القديم[1] قد عرف فكرة التعسف في صورتها الفتيّة، أي قبل تطوُّرها وازدهارها، والتي كانت تتمثَّل في صورة تعمُّد الإضرار بالغير[2]، فالقانون الروماني كان يقوم في أساسه على فكرة الحق المطلق، غير أنّه كان يضع هدفاً يجب التقيُّد به عند استعمال الحق والذي يتمثَّل في تحقيق النفع، وعليه يجب أن يؤدِّي الحقُّ إلى تحقيق المنافع ولا يترتب عليه الإِضْرَارِ بالغير، ولأجل ذلك منعوا استعمال الحقِّ إذا كان صاحبه لم يقصد بهذا الاستعمال سوى إلحاق الضرر بالأخرين.[3]

وسبب هذا أنّ القانون الروماني كان يميل إلى مبادئ العدالة وقواعد الأخلاق خلال تطوّره، ولذلك ذهب فقهاء هذا القانون إلى القول بأنّ العدالة هي أساس القانون وأنّ هذا الأخير يُفترض فيه الخير والعدالة، ففي أغلب الأحوال لا يمكن أن يتناقض نصٌّ قانوني مع ما تستلزمه طبائع الأشياء.[4]

وقد وردت في القانون الروماني نصوصٌ متعارضةٌ في مجال الحقّ، فنجد بعضها يُؤيّد الحقَّ المطلق ويَدعَمُهُ، في حين نجد طائفةً من النصوص الأخرى تحدُّ من طلاقة هذه الحقوق ببعض التقييدات، فنجد أن هذا القانون مثلاً كان يُعطي ربَّ الأسرة حقوق ولايته ويترك له كامل الحريّة للتصرّف فيها دون أن تترتّب عليه أيَّةُ مسؤوليّة، كما أعطى للدائن مطلق الحريّة في حبس مدينه إذا لم يستوف دينه منه، ولكن مع تطوّر القانون الروماني[5] تغيّرت هذه الأمور، فصارت

---

[1] بلحراوي سعاد، نظريّة التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص09.

[2] انظر: حسن كيرة، المدخل للقانون، المرجع السابق، ص355.

[3] انظر: رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص647.

[4] انظر: محمّد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ص46.

[5] انظر: صوفي أبو طالب، تاريخ القانون المصري، الطبعة: الثالثة، 1423هـ_2002م، ج1، 41.

سلطة ربِّ الأسرة مقتصرةً على بعض الأمور دون أخرى، إذ لم يعد له الحقُّ المطلق للتصرُّف فيمن هم تحت سلطته، كما أنّ في مسائل الإجراءات كان على الخصوم أن يُقسِموا على حسن نيّتهم وأن دعواهم ليست كيديّة، فإن ثبت سوء نيّة أحدهم اعتبر ذلك تعسف في استعمال حق التقاضي وحُكِم عليه بعقوبةٍ ماليّة.

وخلاصة القول أنّ القانون الروماني لم ينصّ صراحةً على فكرة التعسف في استعمال الحق، بل قد وُجِدَ في تطبيقاته وفي بعض القضايا التي عُرضت على القضاء معنى لاعتباره وأخذه بأصول نظريّة التعسف في استعمال الحق، وإن كانت تحت غطاء مبادئ الإنصاف وقواعد العدالة والأخلاق.

ثانيا: نظرية التعسف في القانون الفرنسي: لقد انتقلت فكرة التعسف في استعمال الحق من القانون الروماني القديم إلى القانون الفرنسي بمناسبة إعادة إحياء دراسة مؤلّفات الرومان في العصور الوسطى، غير أن بعض فقهاء القانون الفرنسي،[1] قاموا بدراسة التعسف في استعمال الحق في هذه الفترة من منظور آخر، وبرُؤْيَةٍ أكثرَ توسُّعاً من تلك التي شهدها القانون الروماني، حيث لم يعد التعسف محصورا في صورة استعمال الحق بِقصد الإضرار بالغير، وإنّما توسّع التفكير على ذلك حتى شَمَلَ حالة استعمال الحق دون وجود مصلحة معلومة لدى مستعمل الحق.[2]

ونلاحظ أيضا سيادة النزعة الفرديّة في نصوص القانون الفرنسي بوجه عام، وظهور فكرة التعسف في النصوص القانونيّة التي تتعلّق بتنظيم العلاقات الجواريّة من هذا القانون، وظهر تطبيق هذه الفكرة لدى شرّاح القانون الفرنسي القديم عند حديثهم على حق المالك في استعمال ملكه، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنّه لا يجوز للمالك أن يعمل عملا

[1] مثل: الفقيه سالي Sally، والفقيه جوسران Josserand .

[2] أنظر: حسن كيرة، المدخل للقانون، المرجع السابق، ص755.

يكون مُضرّاً بالجار أو مناقضًا لعلاقات الجوار، بمعنى أنّ استعمال حقِّ الملكيّة يحدُّه حقُّ الجار، فإذا تعدّى استعماله لحقّه هذا الحد انقلب إلى تعسُّف موجب للمسؤوليّة.[1]

وقد قضت المحكمة الفرنسيّة في قضيّة المحامي المشهورة مع غازل الصوف الذي كان يغنّي بصوت عال، مستعمِلًا في ذلك حقّه وحريّته في الغناء، قاصدا بذلك إزعاج جاره المحامي والذي كان يحتاج إلى الهدوء والسكون لأداء عمله ومراجعة قضاياه، حيث قضى في ذلك بمنع غازل الصوف من إزعاج جاره وهو مسؤول عن ذلك، وقد وقع هذا الحكم تحت مبرّر يفيد أنّه ليس لأحد إبّان قيامه بعمله أو صناعته أن يعطّل أعمال جيرانه أو أن يجعل سكناهم في منازلهم غير محتملةٍ.[2]

نستخلص ممّا سبق أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق كانت معلومةً لدى رجال الفقه القانوني الفرنسي، وأنّ كثيراً من الكتابات تشير إلى ذلك، كما دلَّت عليها تطبيقات مختلف البرلمانات التي كانت تؤدي دور المحاكم أنذاك، متَّبِعَةً ما كان عليه القانون الروماني من حيث ربط تلك القضايا والأفكار بمبادئ العدالة وهذا ظاهر في معرض حديثهم عن الحقوق خاصّة حق الملكيّة.

لكنّ هذا النظر قد أخذ منعرجا حاسما عند قيام الثورة الفرنسيّة، والتي أزالت معالم النظريّة وأصولها في أواخر القرن التاسع عشر ميلادي، وذلك إثر ظهور النظريَّات القانونيّة في القانون الفرنسي الجديد، والذي تبنَّى تعاليم المذهب الفردي جاعلا كلَّ القوانين تصبُّ لمصلحة الفرد وحمايته، مقرّرا بهذا مبدأ الحقوق المطلقة، وفي مقابل ذلك نجد القضاء الفرنسي قد فرض الرَّقابةَ على استعمال الحقوق، لكن دون أن يُقيم للنظريّة أساسا قانونيًّا مستقّلاً بذاته، بل جعلها

[1] انظر: أنور سلطان، مجلّة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، العدد: 4، السنة: 33، ديسمبر 1963م، ص80.

[2] محمّد سعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه، المرجع السابق، ص50.

تستتر وراء مبنى المسؤوليّة التقصيريّة.[1]

ومن بين الأحكام التي قضت بها البرلمانات الفرنسيّة في هذه الفترة، قضاء محكمة "كولمار"، والتي أدانت مالكاً أقام مِدْخَنَةً فوق سطح منزله قَصْدَ حجب النور عن جاره، حيث جاء في حكمها الصادر سنة 1855م:" ومن حيث المبادئ العامّة نقضي بأنّ حق الملكيّة هو على وجه ما حقٌّ مطلق يسمح للمالك أن ينتفع بالشيء، وأن يستعمله وفقاً لهواه، ولكنّ استعمال هذا الحق كاستعمال أيّ حقٍّ آخر، يجب أن يكون الغرض منه تحقيقَ مصلحةٍ جديَّةٍ مشروعة، وأن مبادئ الأخلاق والعدالة تتعارض وحماية أيِّ عمل لم يُقْصَدْ به تحقيق منفعةٍ شخصيَّة بل قُصد به الإضرار بالغير".[2] أي أن تكون المنفعة النّاجمة عن استعمال هذا الحق أكبر بكثير من الضّرر المترتّب على استعماله.

وقد جاء هذا الحكم في ظلِّ غياب النّصوص القانونيّة التي تُؤَسِّسُ لنظريّة التعسف في استعمال الحق، إلّا أنّ هذه التطبيقات القضائيّة للمحاكم الفرنسيّة وباستنادها إلى اجتهادات رجال الفقه القانوني، تمكّنت من إحياء فكرة التعسف من جديد، وانتهت إلى استخلاص نظريّةً عامّة لم يلبث المقنن الفرنسي أن أخذ بها وإن لم يكن ذلك في نصٍّ يفرض مبدأً عامًّا، بل هي على الأقلِّ بنصوص تتضمَّن تطبيقات خاصّةً.[3]

ثالثا: نظريّة التعسف في القانون المصري القديم: إنّ احتكاك القانون المصري القديم بالقانون الفرنسي قد أثّر عليه تأثيرا كبيرا، والدليل أَخْذُ القانون المصري من القانون الفرنسي وتغليبه للنّزعة الفرديّة عند سنّ القوانين، لكنّ ذلك لم يكن يعني أنّ هذا القانون كان في غفلة عن أصول نظريّة التعسف في استعمال الحق، بل كان يعمل بمقتضى هذه النظريّة فيما كان

[1] انظر: فتحي الدريني، نظريّة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص302.

[2] انظر: محمّد سعيد رشدي، المرجع نفسه، ص53.

[3] انظر: حسن كيرة، المدخل للقانون، المرجع السابق، ص756.

يسنُّ من القوانين وما يُعْرَضُ على القضاء من وقائع تتعلّق بأنواعٍ من الحقوق، متأثِّرا في ذلك بمبادئ الفقه الإسلامي واتجاهاته[1]، وهذا واضح في نصوص القانون المدني المصري والتطبيقات القضائية للمحاكم المصرية.

وقد أخذت المحاكم المصريّة بعدّة معايير لتقرير وقوع التعسف في استعمال الحقوق، وهذه تعتبر كبداية لبروز معالم النظريّة في القانون المدني المصري، ومن بين تلك المعايير ما يلي:

1_ حال تمحُّض قصد الإضرار عند استعمال الحق.

2_ حال انتفاء المصلحة في مقابل إلحاق الضرر بالغير.

3_ حال الإهمال وعدم الحيطة عند استعمال الحق إذا ترتب على ذلك الاستعمال ضررا للغير، ولو لم يكن مقصودا.

4_ حال اختيار الطريق الأكثر إضرارا بالغير عند استعمال الحق، دون أن يكون لصاحب هذا الحقِّ مصلحةٌ في ذلك.

5_ حال استعمال الحق على وجه لا يُطابق الغاية التي من أجلها قرّر الحق.

6_ حال تحقق الضرر الفاحش عند استعمال حقِّ الملكيّة.

رابعا: نظريّة التعسف في الفقه القانوني الحديث: لقد كان للثورة الصناعيّة التي شهدتها الدول الأوروبيّة، خاصّة الثورة الفرنسية سنة 1789م بالغ الأثر في نقل التفكير القانوني من تقديس حقوق الفرد ومصالحه، إلى التفكير في مصلحة الجماعة، حيث أدّى ذلك إلى شيوع مبدأ تقديم المصلحة العامّة على المصلحة الخاصَّة، ولهذا شهد الفقه القانوني تغيُّرا جذريّا في نظرته للحقوق، ما مهّد الطريق نحو إعادة بناء الكثير من النظريّات لتغيّر الأسس والاتجاهات.

[1] انظر: فتحي الدريني، نظريّة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص305.

وعلى إثر هذا دأَبَ الفقه القانوني مع أواخر القرن التاسع عشر ميلادي في البحث عن سبل للتقريب بين النزعة الفرديّة والنزعة الجماعيّة، من أجل إنهاء الصراع الدائر بينهما وتحقيق التوازن في ذلك.

وظهرت ثمار هذا البحث جليَّةً في نظريّة التعسف في استعمال الحق، حيث كانت هذه النظريّة أكبر المستفيدين من هذه الدراسات، فقد حظيت بالاهتمام الوافر والاعتناء اللائق من طرف فقهاء القانون، وقد استمرّت الدراسات والبحوث في مجال الحقوق، وأخذت تزدهر حتى ظهر الاصطدام في الأفكار بين من يرى بإطلاق الحقوق، ومن يرى بتقييدها.

وخلاصة القول أنّ معظم الفقهاء أصبح يسلِّم بنسبيّة الحقوق وعدم إطلاقها، وأنّ استعمال الحقِّ مقيَّدٌ بالغرض الذي شرِّع من أجله، أمّا نظريّة التعسف في استعمال الحق فقد تبلورت في مختلف القوانين على تفاوت بينها في تحديد مفهوم التعسف ومدى تطبيقه.[1]

الفرع الثاني: المعايير الفقهيّة لنظريّة التعسف في استعمال الحق.

وضع الفقه القانوني عدّة معايير اعتمدها من أجل تحديد حالات التعسف ومحاولة حصرها، وقد تباينت هاته المعايير بين طائفتين، معاييرٌ شخصيَّةٌ تقوم على البحث في نوايا الأشخاص ومقاصدهم، وأخرى موضوعيّةٌ يُعتمد فيها على نتائج الأفعال.

ومن خلال استقراء النصوص القانونيّة في مختلف النظم الوضعيّة، نجد أنّ معايير التعسف في استعمال الحق تتمثَّل إجمالا فيما يلي:

_ معيار قصد الإضرار بالغير.

_ معيار الإهمال وعدم التبصُّر.

---

[1] انظر: فتحي الدريني، نظريّة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص310.

ـ معيار عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر الواقع بالغير.

ـ معيار انعدام المصلحة المشروعة.

أوّلا: المعايير الشخصيَّة: وتقوم هذه المعايير على النَّظر في النوايا والمقاصد التي تتوافر لدى مستعمل الحقّ إبَّان استعماله لحقِّه، ومقضى هذه المعايير هو البحث في هذا الدافع الذي أدّى بصاحب الحقِّ إلى استعمال حقِّه على هذا النحو وبهذه الكيفيّة[1]، وهذه المعايير هي:

1ـ معيار قصد الإضرار: ويعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير استعمالاً، وأكثرها انتشارا واشتهاراً منذ العهد الروماني مرورا بالقانون الفرنسي وصولا إلى التقنين الحديث، وقد ذهب غير واحد من فقهاء القانون المعاصرين إلى القول به[2]، ويتحقّق هذا المعيار في حال استعمال صاحب الحقِّ حقّه استعمالاً تعسُّفيًّا يَقْصِد به الإضرار بالغير.[3]

ويعدُّ هذا المعيار معياراً ذاتيًّا، قوامه توفُّر نيّة الإضرار بالغير لدى صاحب الحقّ، حيث يكون الإضرار هو العامل الأصلي الذي حاد بصاحب الحقّ إلى استعمال حقّه بالطريقة التي أدّت إلى إيقاع الضرر بالغير، ولو أفضى ذلك الاستعمال إلى تحصيل منفعة لصاحبه لم يقصدها أصلا.

وتعليل هذا المعيار أنّ الحقوق إنّما شُرعت لجلب النفع أو دفع الضَّرر، فإذا ما اسْتُعْمِلَتْ لجلب الشرِّ أو استُخدمت كوسيلةٍ للبغي وإيقاع الضّرر والأذى للغير، انسلخ عن هذا الاستعمال صفة المشروعيّة، وعُدّ استعمال هذا الحق تعسّفياً، ومعيار قصد الإضرار هو معيار

---

[1] جانم جميل فخري، التدابير الشرعيّة للحدّ من الطلاق التعسّفي في الفقه والقانون، دار حامد، عمان، الأردن، د: ط، 1429هـ_2008م، ص74.

[2] انظر: شوقي بناسي، نظريّة الحق في القانون الوضعي الجزائري —دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري، دار الخلدونيّة، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1431هـ_2010م، ص729.

[3] عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز الصعب، المرجع السابق، ص87.

عام وشامل ينطبق على جميع الحقوق.[1]

والحقوق إنّما تتقرّر لتحقيق المصالح لا للإضرار بالآخرين، ومعيار التعسف هنا واضح تمامًا حيث يقوم على وجود قرينةِ الإضرار لدى صاحب الحقّ، فيُعتبر بذلك متعسِّفاً في استعماله لهذا الحق، ولو نتج عن هذا الاستعمالُ منفعةً غير مقصودةٍ ولكن تحقَّقت بصفة عرضيّة.[2]

ومادام أنّ الأصل في الإنسان أن يكون حسن النيّة، وأن يستعمل حقّه بطريقة شرعيّة، فيجب إثبات أنّ صاحب الحقِّ قد استعمل حقَّه لقصد الإضرار بالغير، وعلى من يدّعي العكس إثبات ذلك بكلِّ الطرق.[3]

إلّا أنّ إثبات قَصْدَ الإضرار بالغير يعدُّ أمراً صعبا للغاية، خاصّةً ونحن أمام معيارٍ شخصيٍّ يستند إلى أمور نفسيّة داخليّة ولا يمكن الكشف عنها ولا الاطلاع عليها بأيِّ وسيلة، لذلك فإنّ القضاء يستخلص في أحكامه هذا القصد من خلال قرائن قضائيّةٍ تتوافر في معايير أخرى سنذكرها لاحقاً.

2_ معيار عدم التبصُّر: وهذا المعيار مستقلٌّ عن معيار قصد الإضرار بالغير من حيث التطبيق، وقد فصّل فيه بعض فقهاء القانون المعاصرين أمثال الفقيه البلجيكي بودان، والذي يرى أنّ استعمال الحقِّ بإهمالٍ وعدم تبصُّر مع إفضاء ذلك الاستعمال للضّرر، ما هي إلّا حالةٌ من الحالات التي تندرج تحت المعيار الشّخصي للتعسف في استعمال الحق، معلِّلاً ذلك بأنّ استعمال الحقِّ يستدعي الأخذ بجميع أسباب اليقظة التي يُفترض أن تتوفّر لدى الرجل المعتاد عند استعمال حقِّه، فإن كان سلوك الرجل المعتاد لا يُفضي إلى تحقُّقِ الضرر في مثل هذه الظروف، اعتبر تحقّق الضّرر عند استعماله لحقّه من قبيل التعسف في استعمال الحق، ولهذا

[1] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص318.
[2] محمّد عبد الرحمن، النظريّة العامّة للحقّ، منشأة المعارف، مصر، د: ط، 1426هـ_2005م، ص218.
[3] Alain Sériaux. Droit Des Obligations. 2 édition. Imprimerie Des Presses Universitaires De France. France 1998. P : 368.

جعل "بودان" كل من عدم التحرّز أو الإهمال أمران متعلّقان بالإرادة، وهما يمثّلان الوجه السلبي فيها.[1] فيما قد ذهب بعض من فقهاء القانون إلى اعتبار هذا المعيار معيارا موضوعيا، لعدم ثبوت القصد إلى الإضرار.

وأنا أرى أنّ معيار الإهمال وعدم التبصّر هو معيار شخصي أكثر منه موضوعي، ذلك أنّ الإهمال وعدم التبصّر بعواقب الأمور ومآلاتها يُعدُّ من الأمور الشّخصيّة، والتي تختلف من فرد لفرد ومن مكان لآخر، وتتغيَّرُ بتغيُّر طبائع الأشخاص ومعتقداتهم، وكلٌّ له نَظْرَتُهُ الخاصّة لمجرى الأمور ولا يمكن ضبط التعسف في استعمال بهذا المعيار إلّا بالبحث الدقيق، لذا ينبغي اتخاذ كل من الحيطة والحذر الشّديد عند العمل بهذا المعيار.

ثانيا: المعايير الموضوعيّة: بعد تعذُّرِ استغراق المعايير الشخصيّة لحالات التعسف، واكتشاف مدى صعوبة تحديد نوايا صاحب الحق عند استعماله لحقِّه مع عدم تصوُّر اعتراف مستعمل الحق وإقراره بالمقاصد التي يرمي إليها من وراء استعماله لحقّه، اعتمد فريق من فقهآء القانون الوضعي كهنري كابيتان وستارك مجموعةً من المعايير الموضوعيّة كأساس للقول بقيام التعسّف.

حيث أنَّ هذه المعايير لا تقف عند حدّ وقوع الإضرار بالغير، ولا تبني تصوّرها لحالات التعسُّف على المقاصد والنوايا الشَّخصيَّة للفرد، وإنَّما تتعدَّى ذلك لتنظر في الغرض العام الذي يُنشده صاحب الحقِّ من وراء استعماله لحقّه.[2]

ومُنْطَلَقُ هذا المعيار وأساسه يظهر من خلال فكرة أنّ الحقوق الخاصّة لم تُشرع كغايات في حدِّ ذاتها، وإنّما هي وسائل تُستخدم لتحقيق المصالح، غير أنّ ذلك يجب أن يكون في حدود الغرض والمصلحة العامّة، وفي ذلك تبنَّي أصحاب هذا الرأي معيارين هما:

---

[1] انظر: محمّد سعيد رشدي، المرجع السّابق، ص97.

[2] انظر: سليمان الطماوي، نظريّة التعسف في استعمال السلطة، مطبعة جامعة عين الشَّمس، الطبعة: الثَّانية، 1403هـ_1983م، ص166.

1_ معيار عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير: ويقصد بهذا المعيار وجود فارق كبير بين المصلحة التي تتحقّق لصاحب الحقّ عند استعماله لحقه، والضرر الحاصل للغير نتيجة هذا الاستعمال، فلا يكفي أن تكون لصاحب الحقّ مصلحةٌ ولو في الحدود المشروعة، حتَّى تدرأ عنه وصف التعسُّف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحةُ ذات قيمةٍ تمكّنها من تبرير ما قد يصيب الغير من ضررٍ جرَّاءَ استعمال صاحب الحق حقَّه.

فإن كانت هذه المصلحة التي يُراد تحقيقها تافهةً قياسا بالضرر الناتج عليها، أصبح استعمال الحقِّ أمراً غير مشروع، فنرجح مصلحة الغير على استعمال حقِّ الغير[1]، إذ يُعتبر الشَّخص متعسِّفاً في استعمال حقِّه، إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من وراء استعمال الحقِّ لا تتناسب إطلاقا مع ما يعود على الغير من ضرر، كأن تكون المصلحة التي يرمي إليها صاحب الحقّ تافهةً، أي قليلةً إذا ما قورنت بما يصيب الغير.[2]

أي أن تكون المصالح التي يرمي صاحب الحقِّ إلى تحقيقها قليلةَ الأهميّة، بحيث لا تتناسب البتّة مع ما يصيب الغير[3]، وهذا ما نصّت عليه المادّة 881 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنّه:" يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرّر من الارتفاق كلِّه أو بعضه إذا فقد الارتفاق كلّ منفعةٍ للعقار المرتفق، أو إذا لم تبقى له سوى فائدةٍ محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".[4]

وهذا المعيار الموضوعي قوامه التفاوت الشّائع بين الضرر اللّاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر متروك لتقدير القضاة حسب الظروف والملابسات الخاصّة بكلِّ

---

[1] اظر: علي الفلالي، الالتزامات (العمل المستحقُّ للتعويض)، المرجع السابق، ص58.

[2] سعد نبيل إبراهيم، المدخل إلى القانون، المرجع السَّابق، ص 293.

[3] انظر: حميد بن شنتي، مدخل لدراسة العلوم القانونيّة (نظريّة الحق)، مطبعة حسناوي، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م، ص175.

[4] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

حالة، والواقع أنّه كثيرًا ما يكون وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينةً على قصد الإضرار بالغير، دون أن يتمحَّض القصد من استعمال الحقِّ لذلك.[1]

2_ معيار عدم مشروعيّة المصلحة المقصود تحقيقها من وراء استعمال الحق: وهذا المعيار يعني أنّ استعمال الحقّ إنّما يكون تعسُّفيًا إذا لم يكن لصاحبه مصلحةٌ من وراء استعماله لهذا الحق، فالقوانين لم تمنح الحقوق للأفراد عبثا وبدون معنى، وإنّما مَنْحُها لهذه الحقوق مرتبطٌ بتحقيق مصالح مشروعةٍ، سواء كانت هذه الحقوق اجتماعيَّةً كحق المرور، أو كانت اقتصادية كحق العمل، فإذا ما حاد صاحب الحقّ عند استعماله لحقّه عن هذا الغرض الأساسي، أو قصَدَ به مصلحةً غير مشروعةٍ سقط عن هذا الحق صفة المشروعيّة، وانسلخت منه الحماية القانونيّة، وعُدَّ بذلك مستعمل هذا الحق متعسِّفاً في استعمال حقّه.

ومعيار عدم مشروعيّة المصلحة هو معيار موضوعي يتّصل بالمصلحة التي يريد صاحبُ الحقِّ أن يُدركها، ويَفرِضُ القانون على هذه المصلحةِ قِسِطًا من الرّقابة، فيشترط فيها أن تكون مشروعةً، فلا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحقّ إلى تحقيقها من وراء استعمال حقّه ذات نفع وحسب، وإنّما يجب أن تكون مشروعة، لأنَّ الانحراف عن ذلك بتسخير الحقوق لهدف تحقيق مصالح غير مشروعة يجرّدها من قيمتها ويخلعُ عنها حمايته.

وتكون المصلحة غير مشروعةٍ إذا كانت تخالف أيّ حُكْمٍ من أحكام القانون وتتعارض مع النِّظام العام والآداب العامّة.[2]

وقد ضبط الفقيه "جوسران " نظريّة التعسُّف في استعمال الحق على معيارٍ ينظر في مدى

---

[1] انظر: مهنّد وليد الحداد وخالد وليد الحدّاد، المدخل لدراسة علم القانون (نظريّة الدولة – نظريّة القانون – نظريّة الحق)، مؤسّسة الوراق، الأردن، الطبعة: الأولى، 1429هـ_ 2009م، ص462.

[2] محمّد حسين قاسم، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونيّة – نظريّة الحق)، منشورات الحلبي الحقوقيّة، لبنان، د: ط، 1427هـ_2007م، ص543.

مطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وُجد الحقُّ من أجله، وفي ذلك قرّر أنَّ للحقِّ وظيفةً اجتماعيّةً وإنسانيّة، فإذا حاد عنها الشخص كان هذا تعسُّفاً منه.

وممَّا أُخذ عليه في ذلك أنّ نظرته هذه تجعل كلّ قاض يفسِّرها طبقًا لما يراه، فَيَحْكُمُ كلُّ قَاضٍ وَفْقَ ما تمليه عليه آراءه الشّخصيّة ومعتقداته ونزعته الحزبيّة والسياسيّة.[1]

أمّا الفقيه "سالي" فيرى أنّ القاعدة العامّة والأساسيّة للتعسف تكمن في الاستعمال غير الطبيعي للحق، فيبقى هذا المعيار خاضعا للغرض الاجتماعي،[2] وفي هذا يقرّر الفقيه سالي أنّ التعسف يتولّد من الاستعمال غير العادي أو الطبيعي للحق، أو من الاستعمال المخالف للغرض الاجتماعي والاقتصادي للحقوق، لأنّ جميع الحقوق نسبيّة من الناحية الاجتماعيّة.[3]

وعلى هذا بنى الأستاذ "جيني " نظرته للحقوق، فنجده كثيرا ما يعوّل على تحديد الحقوق وَضَبْطِهَا ضَبْطًا حقيقيًّا ومتوازناً، وَمِثْلُ ذلك لا يكون إلّا بتعيين الغرض الاجتماعي والاقتصادي من وراء استعمال الحقوق، مع مقارنة قيمتها بقيمة المصالح التي تعارضها.

وخلاصة القول أنّ من غير الممكن الاعتماد على معيار واحد في تحديد التعسف في استعمال الحق، سواء أكان هذا المعيار ذاتيا شخصيّا أو كان ماديا موضوعيّا، كما أنّه من غير الصحيح ترجيح معيار على أخر.

لذلك من المنصف أن نقول بوجوب اتباع كلّ هذه المعايير لتقرير حالات التعسف، وما هذه المعايير إلّا ثمرة لجهود فقهيّة صرّح بها رجال الفقه القانوني، وكلّ واحدٍ منهم قد وَضَعَ

---

1 George Ripert. La Règle Morale Dans Les Obligations Civiles. Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence. Paris. France. 1935. P : 177.

2 Jean charment, Op, Cit, P : 123.

3 محمّد سعيد رشدي، المرجع السّابق، ص98.

المعيار الذي رآه صالحا في بيئته وحسب تفكيره، لكنّ اختلاف الأماكن وتعدّد الذهنيات يفرض مراجعة هذه المعايير ومراعاة أعراف النّاس في ذلك، من أجل الخروج بمعيار يضبط حالات التعسّف في استعمال الحق.

المطلب الثاني:

نظريّة التعسف في الفقه المقارن والقانون الجزائري.

إنّ تأثُّر الفقه القانوني الحديث بنظريّة التعسّف في استعمال الحق لم يكن إلّا وليد ذلك التطوّر الكبير الذي شهدته النظريّة، بدءا من القانون الروماني إلى حوالي القرن العشرين ميلادي، حيث أنّ القوانين الحديثة قد تبنّت هذه النظريّة وحملتها في موادها، وطبّقتها على وقائع محدّدة، ولم تكن في ذلك متوافقةً بينها، بل كان كلّ نظام قانوني يتميّز بطابع خاص عند نصّه على هذه النظريّة، وفي هذا المطلب سنحدّد مختلف الاتجاهات التي تناولت هذه النظريّة، حيث سنتعرّض لموقف القانون الفرنسي الحديث كنموذجٍ لاتيني لغايات الدراسات المقارنة، ثمّ نُتبعه بموقف القانون الألماني كنموذجٍ جرماني، ونتناول بعد ذلك مواقف بعض الدول العربيّة من النظريّة، وكلّ هذا في فرعٍ أوّل، وبعدها ننتقلُ لمعالجة موقف القانون المدني الجزائري من نظريّة التعسّف في استعمال الحق في فرعٍ ثان.

الفرع الأوّل: نظريّة التعسّف في الفقه القانوني المقارن.

الفرع الثاني: نظريّة التعسّف في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأوّل: نظريّة التعسّف في الفقه القانوني المقارن:

لم يتّفق الفقه القانوني على معيار محدّد، فقد أخذت مختلف التقنينات الحديثة الأجنبيّة والعربيّة بمقتضى هذه النظريّة على تفاوت بينها من حيث مجال تطبيقها وتحديد المعيار الذي يضبطها، لذلك نجد أنّ البعض منها قد اقتصر على المعيار الذاتي وحده، وبعض آخر قد أخذ بهذا المعيار في حدود ضيّقةٍ[1]، ومن هذه القوانين ما يلي:

[1] فتحي الدريني، نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص329.

أوّلا: نظريّة التعسّف في القوانين الغربيّة: لم تكن القوانين الغربيّة على وفاق تامٍ عند أخذها بنظريّة التعسّف في استعمال الحق رغم أنّها كانت سبّاقةً بالنّسبة للقوانين العربيّة في الكشف عن أصول نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ بهذه التسميّة، لذا اختلف الفقه القانوني الغربي اختلافاً في ضبط النظريّة ووضع أصولها وتطبيقها على شكل مواد قانونيّة، ومن بين القوانين التي اشتهرت بذلك:

1_ القانون الفرنسي الحديث: ويعتبر هذا القانون كمصدر لكثير من النُّظم الحديثة، وتأثّرت به مختلف التقنينات، وأخذت منه مختلف الأحكام وقامت بوضعها في ثنايا قوانينها، وقد مرّ هذا القانون بمراحل مختلفة كان آخرها تلك التحوّلات والتغيّرات التي عرفها القرن الثّامن عشر ميلادي، والتي كان لها أثر كبير على التقنين الفرنسي، والذي شهد ظهور عدّة آراء فلسفيّة مطالبةً باعتناق الحريّة الفرديّة ودعمها من أجل تحرير الفرد من جميع القيود، وتمنح المواطنين كلَّ الحقوق كحقّ الحياة وحقّ الملكيّة وغير ذلك، فلا يجوز بذلك التضيق فيها بأيّ نوع من القيود، وقد تبلورت هذه الأفكار بالثورة الفرنسيّة التي قامت سنة 1789م، وتجسّدت في قانون نابليون لسنة 1804م والذي تشبّع بالنزعة الفرديّة، وكان هذا على حساب نظريّة التعسُّف في استعمال الحق، والتي تقلّصت تطبيقاتها حين ظهر القانون الفرنسي خالياً من أيِّ نصٍّ يمنع التعسُّف في استعمال الحق كمبدأ عام.[1]

ولكنّ القضاء الفرنسي لم يسر وفق القانون، فقد أدرك وجود الخلل عند إطلاق الحقوق نظرا لاتصاله بالحياة العمليّة وقد وافقه الفقه القانوني في ذلك، فمنع التعسُّف اعتمادا على نصّ المادتين (1382-1383) مدني فرنسي، كما صدرت نُصُوصٌ متفرّقةٌ تقيّد استعمال الحقوق بقيود معيَّنةٍ، مثل القانون المؤرَّخ في 1890/12/27م، المعَدِّلْ للمادّة 1780 مدني فرنسي، والذي أكَّد حقَّ الأطراف في إنهاء عقد العمل الغير محدّد المدّة، وأضاف في فقرةٍ ثانيّة

[1] عبد الرحمن مجوبي، التعسّف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤوليّة المدنيّة، المرجع السّابق، ص18.

لهذه المادّة أنّ:" الانهاء الصّادر من أحد المتعاقدين يمكن أن يُعطي مجالاً للتعويض"[1]، ثمّ صدر القانون المؤرّخ في 1928/07/19م، والذي يقرِّر في المادّة 23 منه:" أنّ التعويضات التي تتقرّر عند عدم احترام الإخطار ليست من التعويضات التي يمكن أن تتقرّر في حالة الانهاء التعسُّفي لعقد العمل غير المحدّد المدّة"[2].

كما نصَّ القانون الصادر بـ27 أفريل 1956م على معاقبة العزل التعسُّفي الذي يكون سببه الانتماء النقابي أو عدمه، وكذلك نجد في نصِّ المادتين (1869-1870) من القانون المدني الفرنسي فيما يتعلَّق حلَّ الشركةِ، أنَّ مثل هذه الشّركة يمكن أن تنتهي عند تنازل كلِّ الأعضاء شريطةَ أن يكون حسَن النيَّة وليس في الوقت غير المناسب، وفي ميدان الإيجار يعدُّ تعسُّفيًّا رفض إيجار طابق بدعوى أنّ المستأجر له أولاد، ويُعاقب القانون على ذلك بمقتضى قانون 5 فبراير 1941م.

إذن فالفقه القانوني الفرنسي الحديث قد تأثّر بنظريّة التعسّف في استعمال الحق في مختلف فروعه، ونصّ عليها القانون، وطبّقها القضاء على مختلف الوقائع، كما أيَّدت ذلك مختلف الاجتهادات القضائيّة، ومن الملاحظ أنّ المعيار الذي أخذ به القانون الفرنسي هو المعيار الموضوعي الذي ينظر في وجود الفعل الضَّار وبروز هذا العمل إلى حيِّز الوجود دون الاكتفاء بالنوايا والبواعث.[3]

ويُعتبر القانون الفرنسي من بين أكثر القوانين اعتمادا على النظريّة وتوسُّعا فيها، وكلّ ذلك ظاهر في نصوص القوانين، كما أنّ النظريّة متضمّنةٌ في مختلف الاتجاهات القضائيّة والآراء الفقهيّة الفرنسيّة.

---

[1] القانون المؤرَّخ في 1890/12/27م، المعَدِّلْ للمادّة 1780 مدني فرنسي.

[2] القانون المؤرّخ في 1928/07/19م، المادّة 23 مدني فرنسي.

[3] إيهاب عبد العزيز، نظريّة التعسُّف في استعمال الحق في حقل الملكيّة العقاريّة، المرجع السّابق، ص51.

2_ القانون الجرماني:

والذي يشمل مجموعة من القوانين نتناول منها ما يلي:

أ_ القانون الألماني: عرف القانون الألماني الصادر سنة 1896م كغيره من القوانين الأجنبيّة نظريّة التعسُّف في استعمال الحق، وهو يعدُّ من أكثر القوانين عملا بهذه القاعدة وتطبيقا لها، حيث لعب دوراً فعَّالاً في بلورة النظريّة في الفقه القانوني، وقد تمكَّن هذا القانون من إعطاء النظريّة قالبا قانونيًّا من خلال النصِّ عليها في بنود القانون المدني.

حيث نصّت المادّة (226) منه على أنّه:" لا يجوز استعمال الحقّ عندما لا يكون هنالك غرض آخر سوى الإضرار بالغير"، وفي هذا يُلَاحَظُ مدى اقتصار القانون الألماني على المعيار الذاتي في أضيق حدوده باعتماده قَصْدَ الإضرار كضابطٍ للتعسُّف،[1] وهذا النّص واضحٌ بيَّن وَضْع النظريّة في مواد القانون باعتبارها نظريّةً مستقلّةً، بخلاف ما رأيناه في التقنين الفرنسي الذي أورد أحكام النظريّة في مواد متفرِّقةٍ.

كما جاء في نصّ المادّة (826) من نفس القانون بأنّ:"كلّ من يُلحق بغيره متعمّدا ضرراً بطريقةٍ تتعارض مع الآداب يلزم بإصلاح هذا الضّرر"، وفي سياق ذلك وقع خلاف بين رجال الفقه القانوني حول هاتين المادتين، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ المادّة الثانية تحدد المراد بالمادّة الأولى، في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ المادّة الثانية لا علاقةَ لها بمفهوم التعسُّف[2].

ومن ذلك نستنتج أنّ القانون المدني الألماني قد اعتمد معيارا ضيِّقا حين اقتصر على وجود قصد الإضرار وتعمُّد الإساءة للغير، والذي يعتمد على التأكُّد من كون الشّخص الذي يمارسُ

---

[1] انظر: العربي مجيدي، المرجع السَّابق، ص125.

[2] مأمون الكزبري، نظريّة التعسف في الملكيّة العقاريّة في التشريع المقارن، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، د: ط، 1396هـ_1976م، ص14.

حقَّه إنّما يقصِد من وراء هذا الاستعمال للحقِّ إلحاق الضّرر بالغير، فهو معيار شخصي يعتمد على البواعث والنوايا.

ب_ القانون النمساوي: لم يكن القانون النمساوي بمنأى عن القوانين الأوروبيّة الأخرى التي نصّت على نظريّة التعسف في استعمال الحق، حيث نجد في هذا الصدد نص المادّة (1295) في فقرتها الثانية عل أنّه:" يُلزم بالتعويض من يستعمل حقَّه بطريقةٍ تتنافى مع الآداب وبنيَّةٍ باهضةٍ في الإضرار بالغير"، وهذه المادّة واضحةٌ في الدلالة على اعتبار القانون المدني النمساوي لنظريّة التعسُّف في استعمال الحق، بالرّغم من اكتفاءها بالنيّة الظاهرة في الإضرار، دون اشتراط أن تكون هذه النيّة هي الغرض الوحيد من استعمال الحق.

ج_ القانون السويسري: والذي صدر سنة 1907م حيث نصّت المادّة الثانية منه على أنَّه:" يجب على كلّ شخص أن يستعمل حقوقه، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقًا للقواعد التي يرسمها حسن النيّة، أمَّا التعسُّف الظاهر في استعمال الحقّ فلا يقرُّه القانون".

ويلاحَظُ من خلال نصِّ المادّة أنّ مجال التعسُّف أوسع في هذا القانون، بحيث لم يقتصر على نيَّةِ الإضرار فقط بل شمل أيضا حالات التعسُّف الأخرى التي تثور المسؤوليّة فيها بقطع النظر عن نيّة الإضرار،[1] ومنه يتّضح أنّ المقنن السويسري قد أخذ بالمعيار الشخصي، متّبعا نظيره الألماني في ذلك، غير أنّه توسّع في مفهوم التعسّف حين اعتمد على الإساءة الموضوعيّة التي ترتكز على مخالفة قواعد حسن النيّة.

3_ القانون البولوني: نصّ القانون البولوني في المادّة (135) منه على:" أنّ كل من يُلحِق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقًّا من حقوقه، يكون مُلزماً بضمانه، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النيّة، أو الهدف الذي من أجله مُنح هذا الحق"، فهذه

---

[1] عبد الرحمن مجُّوبي، المرجع السّابق، ص19.

المادّة وضعت معيار قصد الضرر ومعيار الإهمال اللذان ينشأ عنهما الضرر، إذا تجاوز في ذلك حدود حسن النيّة المفترض، وهذا يضيّق من نطاق معايير التعسُّف في استعمال الحق.[1]

ثانيا: نظريّة التعسّف في القوانين العربيّة: تأثّرت القوانين العربيَّة بالقوانين الأجنبيّة في أخذها بنظريّة التعسُّف في استعمال الحق، حيث نجد الكثير من الأنظمة المدنيّة في الدول العربيّة قد نصّت بوضوح على نظريّة التعسُّف، وتعدّدت النصوص القانونيّة في هذا الشأن، ولم تختلف هذه النصوص عن تلك الموجودة في القوانين الأجنبيّة، كون معظم القوانين العربيّة قد أخذت عند تقنينها بما تضمّنته التنظيمات الأجنبيّة، وذلك واضح في مختلف القوانين العربيّة، والتي سنتناول بعضها فيما يلي:

1_ في القانون الأردني: لقد طبّق القانون الأردني نظريّة التعسُّف في استعمال الحق ضمن نصوص متفرّقةٍ، كما نصَّ عليها بصريح العبارة في مادّةٍ من نصوص القانون الخاص.

أ_ النصّ الخاص: ورد في نصِّ المادّة (66) من القانون المدني ما يلي:" يجب الضمان على من استعمل حقّه استعمالاً غير مشروع:

_ إذا توافر قصد التعدِّي.

_ إذا كانت المصلحة المرجوّة من الفعل غير مشروعةٍ.

_ إذا كانت المنفعةُ لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

_ إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وقد جاء تفصيل هذه الضوابط كنتيجةٍ لتطبيقات عمليَّةٍ انتهى إليها القضاء الأردني عن طريق الاجتهاد القضائي، ومن ذلك يتضح أنّ القانون المدني الأردني يأخذ بمجموعةٍ من

[1] انظر: فتحي الدريني، نظريّة التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص330.

المعايير، أوّلها: حال استعمال الحقّ دون أي قصدٍ من ذلك سوى الإضرار بالغير، وهذه الأمور يستخلصها قاضي الموضوع خاصّةً إذا ما رأى عدم وجود أيَّ مصلحةٍ تعود على الشَّخص من وراء عمله، فعندئذٍ يتبيَّن أن نيّته وقصدهُ هو الإضرار بالغير.[1]

ومن تطبيقات هذا المعيار ما تقرّره المادّة (1279) من القانون المدني الأردني بأنّه: "ليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذرٍ قويٍّ إن كان هذا يضُرُّ بالجار الذي يستر ملكه بالحائط".

وقد ورد معيارٌ آخر في الفقرة الثامنة من المادّة (66) مدني أردني تندرج تحته حالة استعمال الحق استعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحةٍ غير مشروعة، وهو معيارٌ مادّي في ظاهره رغم أنّ النيّة كثيراً ما تكون هي العلَّة الأساسيّة لنفي صفة المشروعيّة عن المصلحة.

وعبّرت الفقرة الثّالثة في المادّة (66) من نفس القانون، على معيار رُجحان الضّرر على المصلحة رجحانًا كبيراً، كما جاء نصّ الفقرة الرابعة من هذه المادّة على معيار تجاوز العرف والعادة، حيث أنّه متى تجاوز الشَّخص عند استعماله لحقّ تعارف عليه النّاس، أو جرت عليه عاداتهم كان متعسِّفا في استعمال حقّه، ومن تطبيقات هذا المعيار ما نصّت عليه المادّة (1021) من القانون المدني الأردني بقولها[2]:" للمالك أن يتصرّف في ملكه كيف يشاء ما لم يكن تصرُّفه مضرًّا بالغير ضررا فاحشاً أو مخالفًا للقوانين العامّة أو المصلحة الخاصَّة".

ب_ النّصوص المتفرّقة: تدلّ الفقرة الأولى من المادّة (202) من القانون المدني الأردني على وجوب تنفيذ العقود بحسن نيّة، وهي قاعدةٌ عامّة كليّة يجب تطبيقها ولو لم يتمّ النصّ عليها، فحسن النيّة هو الأصل عند إبرام العقد أو عند تنفيذه.

---

[1] منصور أمجد، النظريّة العامّة للالتزامات-مصادر الالتزام-، دار الثقافة، عمان، الطبعة: السادسة، 1431هـ_2011م، ص281.

[2] انظر: ياسين محمّد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني – مصادر الالتزامات -دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة: الأولى، د: ت، ج1، ص547.

كما نصّت الفقرة الثانيّة من نفس المادّة على أنّ العقد يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام على ما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد.[1]

كذلك جاء نصّ المادّة (363) التي أجازت تخفيض مبلغ التعويض المتّفق عليه من طرف القاضي، إذا أثبت المدين أنّه كان مبالغًا فيه إلى درجةٍ كبيرة، فللقاضي تقديره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه، وورد في نصّ الفقرة الخامسة من المادّة (924) قانون مدني أردني:" أنّه يقع باطلاً كلّ ما يرد فيه وثيقة التأمين من الشروط التالية... كلّ شرطٍ تعسُّفيٍّ يتبيّن أنّه لم يكن لمخالفته أثرٌ في وقوع الحادث المؤمّن ضدّه".

2_ القانون اللبناني: نصّت المادّة (124) من قانون الموجبات والعقود أنّه:" يلزم بالتعويض أيضاً من يضرُّ الغير بتجاوزه _ أثناء استعمال حقّه_ حدود حسن النيّة أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحقّ"[2]، ويظهر من خلال هذا النص أنّ المقنّن اللّبناني قد أخذ بكلا المعيارين، الذّاتي والموضوعي، ويتأكّد اعتماده على المعيار الشّخصي حين يعتبر الشَّخص متعسّفا إذا ما استعمل حقَّه قصد الإضرار بالغير، كما يُلاحظ أخذه بالمعيار الموضوعي، عند اعتباره للشّخص متعسِّفا في استعمال حقّه لغرض يخالف الغرض الذي من أجله شُرع الحق.

وما يؤخذ على المقنّن اللبناني أنّه قد وضع مبدأً عاماًّ للتعسُّف، والذي يتمثّل في الانحراف عن غاية الحق، وبذلك يترُك مجالًا واسعاً للقضاء في تكييف التعسُّف عند استعمال الحقوق، من خلال النصّ على اعتبار القصد الذي اسْتُعْمِلَ الحق من أجله، أو خروجه عن الغرض أو المصلحة التي شُرع الحقُّ من أجلها.

3_ القانون المصري: لقد جعل المقنّن المصري نظريّة التعسُّف في استعمال الحق ضمن

---

[1] أمجد منصور، المرجع السابق، ص170.

[2] انظر: صبحي المحمصاني، النظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلاميّة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1403هـ_1983م، ج1، ص54.

أحكام الباب التمهيدي من القانون المدني، حيث انتقلت نظريّة التعسّف في استعمال الحق من الفقه القانوني الفرنسي إلى الفقه المصري القديم، إلى أنّ هذا الأخير لم يشتمل نصّ عام للنظريّة، وجاء بعد ذلك القانون المصري الجديد سنة 1948م متضمّنا لنظريّة التعسّف في استعمال الحق، وفي هذا جاء نص المادّة (04) التي قرّرت أنَّ:" من استعمل حقَّه استعمالًا مشروعاً لا يكون مسؤولا عمّا ينشأُ عن ذلك من ضرر".

ولما كان الاستعمال التعسُّفي الغير مشروع هو الذي تترتب عليه المسؤوليّة إذا نشأ عن ذلك ضرر، جاء في ذلك نصُّ المادّة (05) من القانون المدني المصري التي حدّدت معايير التعسّف، والتي نصّت على أنّه:" يكون استعمال الحقّ غير مشروع في الأحوال التالية:

أ_ إذا لم يُقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب_ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهميّة، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج _ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.[1]

ويظهر من هذين النصّين أنّ المقنن المصري قد أخذ بالمعيار الشّخصي، كما أخذ أيضا بالمعيار الموضوعي لنظريّة التعسّف في استعمال الحق، كما أنّه قد أورد معيار الضرر في نصّ المادّة (807) من القانون المدني في حقّ الملكيّة، والتي تنصّ على معيار الضرر الفاحش.[2]

4_ القانون الإماراتي: هناك نصوص عديدة وردت في قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي تتضمّن معنى التعسُّف، حيث نصّت المادّة (1136) منه على أنّ:" للمالك أن يتصرَّف في ملكه تصرُّفاً مطلقًا ما لم يكن تصرُّفه مضرّاً بغيره ضررًا فاحشاً، أو مخالفًا للقوانين، أو الأنظمة

---

[1] انظر: محمّد حسنين، الوجيز في نظريّة الحق، المرجع السّابق، ص318.

[2] انظر: حسن كيرة المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص772.

المتعلّقة بالمصلحة العامّة أو الخاصَّة".[1]

كما جاء في نصِّ المادّة (1139) من نفس القانون على أنّ:" حجب الضوء عن الجار يُعدُّ ضررًا فاحشاً فلا يسوغ لأحدٍ أن يُحدث بناءً يسُدُّ به نوافذ بيت جاره سدًّا يمنع الضوء عنه وإلّا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعًا للضرر".[2]

فاستعمال الحق بقصد جلب منفعةٍ شخصيّةٍ لصاحبه هو أمر شرعيٌّ لا منع فيه، أمَّا إذا كان القصد من استعمال الحق هو مجرَّد الإضرار بالغير، فهو غير مباحٍ قانوناً، لأنّ قصد الإضرار بالغير بذاته سببٌ شرعيٌّ يجرِّد استعمال الحقِّ من مشروعيّته[3].

وكذلك نصّت المادّة (1144) من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي على ما يأتي:

أ_ على المالك ألّا يغلوا في استعمال حقّه إلى حدٍّ يَضُرّ بملك الجار.

ب_ وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنّبها، وإنّما له أن يطلب إزالة هذه المضار، إذا تجاوزت الحدَّ المألوف، على أن يُراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خُصّصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصّة دون استعمال الحق.[4]

5_ القانون المدني العراقي: أولى القانون المدني العراقي أهميّة كبيرةً لمسألة التعسّف في استعمال الحق، فنصّ عليها في الباب التمهيدي منه، ليجعل منها نظريّةً عامّةً تنطبق على جميع

---

[1] القانون رقم 1985/05 المتضمّن قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي.

[2] قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، المرجع نفسه.

[3] حسن عامر، المسؤوليّة المدنيّة التقصيريّة والعقديّة، مطبعة شركة مساهمة مصريّة، مصر، الطبعة: الأولى، 1376هـ_1956م، ص267.

[4] انظر: وزارة العدل الإماراتيّة، المذكّرة الإيضاحيّة لقانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، رقم 05، لسنة 1985م، المعدّل للقانون الاتحادي، رقم 01، لسنة 1987م، ص828_829.

الحقوق وتشملها، سواء كانت هذه الحقوق شخصيّةً أو عينيّة، وسواء تعلّقت بمالٍ أو لم تتعلّق به، وفي ذلك صدر نصٌّ قاطع من طرف المقنن العراقي، اعتبر فيه أنّ إساءة استعمال الحقّ، أو التعسّف في استعمال الحق خطأٌ تقصيريٌّ يلتزم من صدر عنه هذا الخطأ بتعويض الضرر الناشئ عنه.

وقد نصّ المقنن العراقي على ذلك في المادّة السادسة من القانون المدني العراقي، والتي قضت:" أنّ الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقَّه استعمالًا جائزًا لم يضمن ما ينشأُ عن ذلك من ضرر"،[1] وأتبع المقنن العراقي هذه المادّ بمادّة سابعةٍ، نصَّ فيها على حكمٍ عام، وهو الضمان على من يستعمل حقّه استعمالًا غير جائز، ثمّ حدّد الحالات التي يكون فيها الضمان غير جائز.[2]

6_ القانون المدني السوري: أخذ القانون السوري بنظريّة التعسُّف في استعمال الحق ونصَّ عليها ضمن الباب التمهيدي في المادتين الخامسة والسادسة منه، وهما نصّان متماثلان مع ما نصّ عليه القانون المصري في نفس الشّأن، وقد وضع المقنن السوري ثلاثُ ضوابطٍ قصد الاهتداء بها والقياس عليها حسب ما يراه رجال الفقه القانوني، وهذه الضوابط وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهي قريبةٌ جدّا من تلك التي تضمّنها الفقه الإسلامي، والتي تتمثّل في ثلاثة معايير، معيار مادي وآخران موضوعيان وهما كالأتي:

أ_ معيار استعمال الحق لمجرّد قصد الإضرار بالغير، ويُفهم هذا المعيار من انعدام كلّ مصلحةٍ، أو إثر تحقق مصلحةٍ ضئيلة غير مقصودة.

ب_ معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.

---

[1] القانون رقم 1951/09/05 المتضمّن القانون المدني العراقي.

[2] انظر: مالك جابر حميد الخزاعي، إساءة استعمال الحق خطأٌ تقصيريّ يلزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، كليّة الحقوق، جامعة القادسيّة، العراق، مجلّة بابل، العلوم الانسانيّة، العدد 6، المجلّد 17، ص298.

جـ_ معيار عدم مشروعيّة المصالح التي قصد تحقيقها من استعمال الحق.

وبهذا يتضح مدى تأثّر القوانين العربيّة بالقوانين الاجنبيّة عموما، وبالنظريات القانونيّة كنظريّة التعسُّف في استعمال الحقّ خصوصا، كما يمكن القول أنّه رغم تأثير القوانين الغربيّة على الأنظمة القانونيّة العربيّة الكبير في مجال التقنين، إلّا أنّ بعض القوانين العربيّة لا تزال متأثّرة بالفقه الإسلامي وتنهل منه في تقنينها ولو بقدر قليل جدّا.

الفرع الثاني: نظريّة التعسّف في القانون المدني الجزائري.

لقد تبنّى المقنن الجزائري نظريّة التعسُّف في استعمال الحقّ كغيره من القوانين الحديثة، حيث ورد النصّ على هذه النظريّة وتنظيم بعض أحكامها في نصوص القانون المدني، ولدراسة أحكام نظريّة التعسّف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري يجب التطرُّق إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة ما قبل التعديل،[1] وذلك قبل سنة 2005م.

المرحلة الثانية: وهي المرحلة الحاليّة، أي ما بعد سنة 2005م.

أوّلا: وضعيّة نظريّة التعسّف في استعمال الحق قبل التعديل:

فقد نصَّ المقنن الجزائري في نصّ المادّة (41) من القانون المدني على نظريّة التعسُّف في استعمال الحق، وأدرجها تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الاعتباريّة والطبيعيّة، في الفصل الأوّل المتعلّق بأحكام الأشخاص الطبيعيّة.

وفي هذا خالف المقنن الجزائري مُختلف التقنينات العربيّة الأخرى من حيث موضع النّص، حيث وضعت القوانين العربيّة المادّة التي تنصّ على نظريّة التعسّف في استعمال الحق ضمن

[1] قانون رقم 05_10 المؤرّخ في 20 جوان 2005 المعدّل والمتمم للأمر 75_58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمّن للقانون المدني، انظر: الجريدة الرسميّة، الصادرة في 26 جوان 2005، العدد 44.

الباب التمهيدي للقانون المدني.[1]

وكذلك الأمر فيما يخصُّ النّص على المبدأ العام للنظريّة كما جاء في القوانين العربيّة الأخرى (مصري، سوري، عراقي)، إذ اقتصر المقنن الجزائري على إيراد الاستثناءات، والصواب يقضي بأنّ الاستثناء على الأصل[2]، حيث نصّت المادّة (41) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يعتبر استعمال الحق تعسُّفيا في الأحوال التاليّة:

ـ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

ـ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدةٍ قليلةٍ بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

ـ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدةٍ غير مشروعة"[3].

واضح من خلال نصّ المادّة، أنّ المقنن الجزائري أخذ بِكِلَا المعيارين، المعيار الشخصي الذي تضمّنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي الذي تضمّنته الفقرتان الثانية والثالثة، فالمعيار الشخصي تمثّل في تمحُّض قصد الإضرار بالغير، أي الاعتداد بنيّة الإضرار بالغير في بناء نظريّة التعسّف في استعمال الحق، والمعيار الموضوعي المتمثِّل في عدم التناسب بين المنفعة المشروعة مع الضرر الذي يلحق بالغير من جرَّاء ذلك، وكذلك عدم مشروعيّة المصلحة التي يرمي صاحب الحقِّ إلى تحقيقها.

إلّا أنّ صياغة المادّة بهذا الشكل تعرّضت إلى الانتقاد من طرف رجال الفقه القانوني، حيث يُسْتَنْتَجُ ضمنيًّا من موقع المادّة في القانون المدني، أنّ هذه النظريّة لا تسري على الأشخاص الاعتباريّة مادام أنّه قد خُصِّص لها الفصل الثاني، وكذلك النصُّ على التعسّف بين

---

[1] انظر: العربي بلحاج، مفهوم التعسُّف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة، 1419هـ_1999م، عدد 4، ص690.

[2] انظر: عبد الرحمن محوبي، المرجع السابق، ص21.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

المادّة (40) وما يليها، وهي مواد متعلّقةٌ بأحكام الأهليّة يعدُّ خطأً كبيراً، لخلوّ العلاقة بين هاتين المادّتين ونظريّة التعسّف.[1]

كما أنّ استعمال المقنن الجزائري لعبارة "يُعتبر استعمال الحقّ تعسُّفيّا في الأحوال التالية"، يفيد بأنّ هذه المعايير وارِدةٌ على سبيل الحصر، فلم يَترُك المقنّن فُرصَةً للقاضي يسمح له فيها باستنباط معايير أُخرى للتعسُّف يُمكن أن تظهر مستقبلاً نتيجةً لتداول القضايا، وبذلك يكون قد قيَّد حريَّة القاضي في الاجتهاد.

ثانياً: وضع النظريّة بعد تعديل القانون المدني:

بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 05_10 الموافق لـ 20 يوليو 2005، تغيّر موقع نظريّة التعسُّف في استعمال الحق من المادّة (41) التي أصبحت ملغاةً، إلى نصّ المادّة (124) مكرّر من القانون المدني، كما أعاد صياغتها لتصبح على الشكل الآتي: "يُشكّل الاستعمال التعسُّفي للحقِّ خطأً لا سيما في الحالات التالية:

ـ إذا وقع بقصد الإضرار.

ـ إذا كان يرمي للحصول على فائدةٍ قليلةٍ بالنّسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ـ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدةٍ غير مشروعة.[2]

ومن خلال نصّ هذه المادّة يظهر أنّ المقنّن الجزائري قد تجاوز الانتقادات السابقة، فالمقنّن الجزائري قد صحّح الخطأ الذي وقع فيه قبل التعديل، والذي يتمثّل في اختيار الموضع المناسب للنظريّة، حيث تمّ إعادة إدراج النظريّة في الفصل الثالث من الباب الأوّل في الكتاب الثاني من

---

[1] أبو بكر مصطفى، الطبيعة القانونيّة لنظريّة التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون 05_10، كليّة الحقوق، جامعة تيزي وزُّو، المجلّة النقديّة للقانون، 1431هـ_2011م، العدد 1، ص275.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

القانون المدني، تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لأنّ التعسُّف في استعمال الحق هو عملٌ يترتّب عليه ضرر.

وينبغي الإشارة إلى أن المقنّن الجزائري قد اكتفى بالنصّ على هذه النظريّة في المادّة (124) مكرّر من القانون المدني الجزائري فقط، والتي ذكر من خلالها معايير التعسُّف في استعمال الحق، دون النصّ منه على الأصل العام الذي يقضي بأنّ من استعمل حقّه استعمالًا مشروعاً لا يكون مسؤولًا عمَّا ينشأُ من ضررٍ، مثل ما فعل المقنن المصري في المادّة الرابعة قبل سرده لمعايير التعسّف.[1]

كما يتضح من نصّ هذه المادة، أنّ المقنن الجزائري قد وضع ثلاثة معايير للتعسّف في استعمال الحق، وقد وردت هذه المعايير في المادّة المعدّل كما كانت واردةً قبل التعديل على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وذلك ظاهرٌ من خلال استعمال المقنن لعبارة "لاسيما"، بالإضافة إلى وجود معيار آخر ورد في المادّة (691) من نفس القانون، وتفصيل هذه المعايير كالآتي:

1_ معيار قصد الإضرار بالغير: وهو معيار ذاتي نصَّ عليه المقنن الجزائري في الفقرة الثانيّة من نصّ المادّة (124) مكرّر، وهو أظهر صور التعسّف في استعمال الحق، والهدف منه التأكيد على أنّ القانون لا يحمي شخصاً قصد من فعله مجرّد الإضرار بالغير.[2]

ويرتكزُ هذا المعيار على نيّة الإضرار بالغير، فيُعتبر الشّخص متعسّفا في استعمال حقّة، إذا كان الباعث الوحيد لدى صاحب الحق عند استعماله لحقّه هو قصد الإضرار بالغير، حتَّى ولو أدّى ذلك الاستعمال إلى تحقّق منفعةٍ عارضةٍ، وَيَعْتَبِرُ القضاءُ انعدام المصلحة قرينةً على

---

[1] انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص222.

[2] انظر: محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونيّة، المرجع السابق، ص153.

قصد الإضرار بالغير.[1]

2_ تغلّب الضرر على المصلحة: وهو معيار موضوعي يختلف عن سابقه، إذ لا يستند إلى الناحية الشخصيّة لدى صاحب الحق[2]، ونصَّ علية المقنن الجزائري في الفقرة الثانية من المادّة (124) مكرّر، حيث يَعْتَبِرُ الشّخصَ متعسِّفاً في استعمال حقّه حتَّى ولو كانت له مصلحةٌ من استعمال حقّه على وجهٍ معيّن، إذا كانت هذه المصلحة لا تتناسب مع الضّرر الذي يصيب الغير.

3_ معيار عدم مشروعيّة المصلحة التي يرمي صاحب الحقّ إلى تحقيقها: وقد تضمّن هذا المعيار مزجاً بين معيارين، معيارٌ موضوعي وآخرٌ شخصي، والذي يتمثّل في القصد أو النيّة من وراء استعمال الحق، ويقوم هذا المعيارُ أساساً على عدم مشروعيّة الدافع إلى هذا الاستعمال[3]، وقد نصَّ المقنن الجزائري على هذا المعيار في الفقرة الثالثة من نصّ المادّة (124) مكرّر.

4_ معيار الضّرر الفاحش: من خلال استقراء المواد القانونيّة في القانون المدني، يمكن اعتبار معيار الضّرر الفاحش معياراً مُعتمداً في التقنين الجزائري، ويؤكّد ذلك ما نصَّ عليه المقنن الجزائري في المادّة (691)، والتي تنصّ على وجوب التزام المالك في استعمال حقّه بعدم التعسّف إلى حدّ يضرُّ بملك الجار ضرراً غير مألوف.

وهكذا فرض المقنن الجزائري على المالك الامتناع عن القيام بعمل يلحق ضرراً فاحشاً بالجار، والذي يقتضي أنّ الشّخص يكون متعسِّفا في استعمال حقّه، إذا تجاوز في استعماله لحقّه ما تعارف عليه النّاس عند استعمالهم لحقوقهم، ويرجع تقدير هذا المعيار لقاضي

---

[1] انظر: بلحاج العربي، النظريّة العامّة للالتزامات، المرجع السّابق، ص126.

[2] أنظر: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص744.

[3] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص129.

الموضوع[1].

ثالثا: النصوص المتفرّقة التي تضمّنت معنى لنظريّة التعسّف: لقد تضمّنت مجموعة من النصوص القانونيّة قيودا هدفها رعاية المصالح العامّة، وأغلب هذه القيود قد وردت على الملكيّة العقاريّة، والتي ترجع بوجه عام إلى ما يتعلّق بالجوار وما يقع بين الملّاك، وتقع مسؤولية المالك تجاه جيرانه إذا تسبّب لهم بالضّرر المباشر دون أن تكون له مصلحةٌ معتبرة قانونا وعرفا.

كما تقوم نفس المسؤوليّة عن المضار غير المألوفة، والتي قد يُلحقها المالك بجيرانه حتى ولو كان ذلك يحقّق مصلحةً للمالك.[2]

وفي معنى ذلك نصّ القانون المدني الجزائري وتضمّنته المادّة (691) والتي تنصّ على أنّه: "يجب على المالك ألّا يتعسّف في استعمال حقّه إلى حدٍّ يضرّ بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنّه يجوز له أن يطلُب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحدَّ المألوف، وعلى القاضي أن يُراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنّسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصّصت له".[3]

وبمقتضى ذلك تقع المسؤوليّة كاملةً على الأضرار التي يتسبّب بها المالك لجاره، فالمالك كما نصّت الفقرة الثانية من المادّة السّابقة مقيَّدٌ عند تصرُّفه في ملكه بعدم إحداث الضّرر غير المألوف لغيره، لأنّ الضرر المألوف لا بدَّ من تحمّله والتسامُح فيه وليس من قبل الضّرر المقصود، أمّا الضرر الغير مألوف فهو ممنوع، لأنّ ذلك يؤدّي إلى تعطيل استعمال حقوق الملكيّة كافّةً، وليس ثمّة شكٌّ في أنّ إلحاق الضرر الفاحش بالجار يُخلُّ بالتوازن بين المصالح الفرديّة والمصلحة

[1] مصطفى محمّد الجمال، نظام الملكيّة، منشأة المعارف، الاسكندريّة، د: ط، د: ت، ص207.

[2] Marcel Planiol Et Georges Ripert. Traité Pratique De Droit Civil Français. Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence. Paris. 1930. P 795.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

العامّة لحساب الصّالح الفردي.[1]

فمسؤوليّة المالك هنا مسؤوليّةٌ دفعت إليها ضرورة وجود تنظيمٍ خاص يفضُّ التعارض الموجود بين حقوق الملّاك المتجاورين في استعمالهم لحقوق ملكيّاتهم على نحو ما يرغبون، فالعدل والمنطق يقتضيان أن استعمال المالك لحقِّه يجب ألّا يترتب عليه أذى أو ضرر فاحش يمسُّ بحقوق غيره من الملّاك.[2]

كما طبّق المقنن الجزائري معيار عدم التناسب بين الفائدة والضّرر في حالات عديدة منها ما نصّت عليه المادّة (02/708) من القانون المدني الجزائري على أنّه:" ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يضرُّ الجار الذي يستر ملكه بالحائط".[3]

وكذلك ما قضت به المادّة (881) من نفس القانون، والتي جاء فيها:" يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرّر من الارتفاق كلّه أو بعضه إذا فقد الارتفاقُ كلّ منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدةٍ محدودةٍ لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".[4]

وهذه المادّة تشير إلى الحالة التي يتيسّر للمالك لاستعمال وسائل متعدّدة للتصرّف في حقّه، فيختار منها الأكثر إضرارا بالغير، دون نفع يعود عليه من جرَّاء هذا الاختيار،[5] وهكذا قيّد المقنن الجزائري المالك بقيد عام، مضمونه عدم التعسُّف في استعمال ملكيّته إلى حدّ الإضرار بملكيّة جاره.

---

[1] انظر: شوقي السيّد، المرجع السّابق، ص317.

[2] انظر: زرارة عواطف، المرجع السابق، ص53.

[3] القانون المدني، المرجع السابق.

[4] المرجع نفسه.

[5] محمّد سوار، حق الملكيّة في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأوّل، دار الثقافة، عمان، الأردن، د: ط، 1417هـ_1997م، ص72.

وأخيرا نخلص إلى أنّ نظريّة التعسّف في استعمال الحق من النظريّات المتجذّرة في مسار الفقه القانوني، وقد مسّت جميع الأنظمة القانونيّة، وفي طريقها هذا قد عرفت عدّة تغيّرات فرضتها عليها الظروف، فتماشت مع تطوّرات الفكر البشري، وأثّرت فيها الاتجاهات الفكريّة، وقد استفاد القانون المدني الجزائري من هذه الرحلة التي خاضتها نظريّة التعسّف في استعمال الحق فنصّ عليها واعتمدها كأساس قانوني.

المبحث الثاني:

التطبيقات القانونيّة والقضائيّة للتعسّف في استعمال الحق.

لقد تعدّدت القضايا القانونيّة التي ترتبط أساسًا بمسألة استعمال الحقوق، ونتج عن ذلك تشعُّب التطبيقات القانونيّة والقضائيّة التي ترجع إلى هاته القضايا والمسائل المتعلّقة بنظريّة التعسّف في استعمال الحق، حيث نجد تطبيقات عديدة لهذه النّظريّة في القضاء والقانون الوضعي، ولذلك قد اتخذت مختلف الأنظمة القانونيّة معايير معيّنة من أجل معالجة ما يتعلّق بالحقوق والتعسّف في استعمالها، وليس هذا بجديد على النظام القانوني، فقد حظيت حقوق الملكيّة والجوار وغيرها بالعناية الفائقة في هذا المجال، وارتبطت تطبيقاتها بالتعسّف منذ القدم نتيجةً لكثرة ممارستها في الواقع، فتعتبر مجالًا واسعاً لانتشار التعسّف[1].

كما أنّ كل من القانون والقضاء لم يقف عند هذا الحد، بل رتّب كل منهما جزاءات مختلفة على من وَقَعَ التَعَسُّف من طرفه، كما افترض القانون حالات للوقاية من التعسّف قبل حصوله، ولتوضيح جميع هذه الأمور قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأوّل: التطبيقات القانونيّة والقضائيّة لنظريّة التعسّف.

المطلب الثاني: الجزاء المترتّب على التعسّف في استعمال الحق.

[1] Radmila, Kovacevic Kustrimovic, Le Domaine De L’application Du Principe De L’interdiction De La Bus De Droit, Faculté De Droit à Nice, 1995, P41.

المطلب الأوّل:

التطبيقات القانونيّة والقضائيّة لنظريّة التعسّف.

اشتمل كل من النظام القانوني والقضاء الوضعي على تطبيقات عديدةٍ لنظريّة التعسّف في استعمال الحق، وقد استفاضت على إثر ذلك القضايا والمسائل التي مسّتها هذه القواعد والتطبيقات، حيث وقف القانون بجانب القضاء في ممارسته ومعالجته لمثل هذه القضايا، وذلك وفق مزيجٍ جمع بين التنظير والتطبيق، وسَنَعْرِضُ مختلف هذه التطبيقات تباعاً وَفق فرعين:

الفرع الأوّل: التطبيقات القانونيّة للتعسّف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: التطبيقات القضائيّة للتعسُّف في استعمال الحق.

الفرع الأوّل: التطبيقات القانونيّة للتعسّف في استعمال الحق.

توجد عدّة قضايا ووقائع قانونيّة ترتبط أساسا بمسألة التعسُّف في استعمال الحق، وقد عالجها القانون الوضعي بصفةٍ عامّة والقانون الجزائري بصفة خاصّة، وهذه الاستفاضة في القضايا والكثرة في الوقائع إنّما هي نتيجةٌ لقصور القانون الوضعي على استيعاب الحقوق ووضع حدودٍ لها، فَمِثْل هذه الحقوق تحتاج إلى تمعّن ودقّة نظر من أجل ضبطها، إذ ليس من السهل الإحاطة بها أو وضع القوانين التي تحكمها، ومن بين هاته القضايا التي سعى القانون إلى تنظيمها ومنع التعسّف فيها ما يلي:

أوّلا: التعسّف في استعمال حق العدول عن الخطبة:

1_ تعريف الخِطبة: الخِطْبة **لغةً**: مَصْدَرٌ بِمَنْزِلَةِ الخَطْبِ، وَالْعَرَبُ تَقُولُ: فُلَانٌ خِطْبُ فُلانة إِذَا كَانَ يَخْطُبها[1]، والخِطْبُ: الَّذِي يَخْطُب المرأَةَ، وَهِيَ خِطْبُه الَّتِي يَخْطُبُها، وَالْجَمْعُ أَخطابٌ، وَكَذَلِكَ

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج1، ص360.

خِطْبَتُه وخُطْبَتُه، وخِطِّيباهُ وخِطِّيبَتُه وَهُوَ خِطْبُها، وَكَذَلِكَ هُوَ خِطِّيبُها، وَالْجَمْعُ خِطِّيبون، وَلَا يُكَسَّر، والخِطْبُ: المرأَةُ المخطوبة، وَخَطَبَ الْمَرْأَةَ إِلَى الْقَوْمِ إذَا طَلَبَ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْهُمْ وَاخْتَطَبَهَا وَالِاسْمُ الْخِطْبَةُ بِالْكَسْرِ.[1]

واصطلاحا: تعني إظهار الرّغبةِ من طرف الرجل في الزواج بامرأةٍ معيَّنةٍ ممّن يحلُّ له الزواج بها، سواءٌ كان الطلب من الرّاغب نفسِه أو ممّن بعثهُ وأرسله كالقريب أو الصّاحب أو الأجنبي.[2]

كما تعرّف الخِطبة بأنّها التماس الزواج من امرأةٍ معيّنةٍ بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليّها، سواءٌ كان هذا الالتماس أو الطلب صراحةً بإظهار الرّغبةِ بطريقةٍ مباشرةٍ كأن يقول لمن يخطبها "أريد أن أتزوَّجك"، أو بطريق التعريض بما يُستعمله من ألفاظٍ يُفْهم منها قصد الخِطبة من عَرْضِهَا بالقرائن.[3]

وجاء في نصّ المادّة 05 من قانون الأسرة الجزائري أنّ:" الخِطبة هي وعدٌ بالزواج..."،[4] ورتّب المقنن الجزائري بعض الأحكام الخاصّة بها والتي سنتعرّض لها بالذكر فيما يأتي.

فالخِطبة هي أمر شكلي بمثابة مقدِّمةٍ وتمهيدٍ غير لازم، يتبيّن من خلاله لكلّ من الطرفان مدى رغبة الطرف الآخر في إبرام عقد مهمٍّ هو عقد الزواج، والذي يتمُّ بتوافق الإرادتين، وبذلك يَعرف كلّ واحدٍ منهما الآخر الذي سيرتبط معه برباطٍ يُفترضُ فيه أن يكون أبديّاً.[5]

---

[1] أحمد بن علي الفيومي المصباح المنير، المرجع السابق، ج1، ص173.

[2] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشّخصيّة، دار النهضة العربيّة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ص19.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، د: ط، 1419هـ_1999م، ص44.

[4] الأمر رقم 05_02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[5] زكي شعبان، الأحكام الشرعيّة للأحوال الشخصيّة، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، الطبعة: السادسة، 1413هـ_1993م، ص63.

2_ تكييف القانون الجزائري للخِطبة: كيّف المقنّن الجزائري الخطبة في قانون الأسرة على أنّها وعدٌ بالزواج، ويجوز لكلّ من الطرفين العدول عنها، فهي ليست بمثابة العقد إذ أنّ العقد يكون مُلْزماً، وهي لا تكون كذلك ولو تمّت باتفاق الطرفان، أمّا إذا وقع العقد الشرعي فلا يبقى أثر لمفهوم الخِطبة، وإنّما يُصبح عقد زواجٍ، والرجوع عنه لا يسمّى عدولاً بل يُسمّى طلاقاً.

3_ أثر استعمال حق العدول عن الخِطبة:

أ_ حكم الصداق: إذا فسخ أحد الأطراف الخِطبة أي الخاطب أو المخطوبة، وكان الخاطب قد قدّم الصداق كلّه أو بعضه، وسواءٌ كان لسبب شرعيٍّ أو كان تعسُّفيًّا، فإنّ للخاطب أن يستردَّه كاملاً إن كان موجودًا قائماً، أمّا إذا استُهلك أو هلك في يد المخطوبة فله استرداد قيمته إن كان قيميّا، أو مثله إن كان مثليًّا، ذلك كون الصداق من مقتضيات عقد الزواج وأركانه ولا يتعلّق بالخطبة ومقتضياتها.

ب_ حكم الهدايا: جاء في المادّة 05 الفقرة 03 و04 من قانون الأسرة الجزائري:"...لا يَسْتَرِدُّ الخاطب من المخطوبة شيئاً ممَّا أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يردَّ للمخطوبة ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردَّ للخاطب ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته".[1]

ويفهم من نصّ المادّة أنّ هذه المسألة فيها تفصيل من جهة العدول، فيُنظر إن كان من جانب الخاطب أو كان من جانب المخطوبة على الوجه التالي:

_ إن كان العدول من الخاطب، فلا يستردُّ شيئاً ممّا أهداه لها ولو كان موجوداً في يدها، ذلك كي لا يجتمع عليها ألَمَانِ، ألم فسخ الخطبة وألم استرداد الهدايا، وعليه أن يردَّ عليها ما أهدته له أو قيمته إن لم يكن موجودا في يده.

---

[1] قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

ـــ وإن كان العدول من المخطوبة، فإنّ للخاطب الحقُّ في استرداد ما قدّمه لها من هداياً، بحيث إن كان ما أهداه لها قائما استردّه بعينه، وإن هَلَكَ أو استُهْلِكَ رجعت عليه بمثله إن كان مثليّا أو قيمته إن كان عينياً، وذلك حتّي لا يجتمع على الخاطب أَلَمَانِ، ألم العدول عن الخطبة وأَلَمُ ضَيَاعِ ماله.

4ـــ علاقة التعسّف بالعدول عن الخطبة: يظهر التعسُّف في استعمال حقّ العدول عن الخِطبة، عند استعمال أحد الطرفين لهذا الحق من دون مسوِّغ شرعيٍّ ومنطقي تقضي به العادة، ومن أجل مَنْعِ ذلك قرّرت مختلف النظم القانونيّة أحكاما خاصّة على اختلاف بينها في ذلك:

أـــ ذهب رأي في الفقه القانوني للقول بوجوب التعويض عن الضّرر النّاجم على العدول، ماديّاً كان أو أدبيّاً، حيث كيَّف الخِطبة على أنّها اتفاقٌ مُلزِم، باعتبار أنّ كل من الطرفين قد التزم بإجراء التعاقد النهائي بالزواج في الوقت المناسب والملائم، ومن ثمّة يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض.

بـــ ويرى اتجاه آخر بأنّ العدول عن الخِطبة لا يوجب التعويض، وذلك أنّ العدول هو حقٌّ ثابت للطرفين، وهو غير مقيّدٍ بشرط، ذلك كون الخِطبة ليست سوى وعدٍ بالزواج، لا التزام فيها ولا إلزام، ولصاحب الحقّ مُطلق التصرُّف في حقِّه ما دام أصلُه مباحٌ وجائز[1]، وبديهيّ أنّه متى قيل أن الإنسان يستعمل حقّه فُهم أنّه لا يستعمل إلّا ما أولاه القانون وأجازه له، وهذه الإجازة القانونيّة ترفع عنه في الأصل كلَّ تبعةٍ اتجاهَ الغير من جرّاء ما ينتج عن استعمال حقّه ضمن حدوده القانونيّة.

جــــ ويذهب اتجاه إلى الوقوف وسطا بين الرأيين السابقين، حيث يُقَرّر أنّ الخِطبة وعدٌ غير مُلزم للطرفين، ولكلٍّ منهما الحقُّ في العدول عنها، فإذا ما ترتّب على هذا العدول أضرارًا ثَبت

---

[1] صبحي المحمصاني، النظريّة العامّة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص827.

للطّرف الآخر المتضرِّر التعويض، للتعسف الحاصل إثر استعمال الطرف العادل حقّه في العدول.

وهذا الرأي عليه أغلب رجال الفقه القانوني، يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في ذلك: " فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشّخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجيّة التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأً يوجب المسؤوليّة التقصيريّة".[1] وعليه فضابط التعويض في حال العدول عن الخطبة، هو ثبوت التعسّف ولحاق الضرر بالطرف الآخر من قِبَلِ مستعمل حق العدول عن الخطبة.

5_ موقف المقنِّن الجزائري: تبنّى القانون الجزائري الرأي الذي يقول بوجوب التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول، سواءٌ كانت هذه الأضرار ماديّةً أو معنويّةً، وفي ذلك جاء نصُّ المادة 05 من قانون الأسرة الفقرة 02 التي نصّت على أنّه:" ...إذا ترتّب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".[2] وللقاضي سلطة تقدير العدول إن كان تعسّفيّاً موجباً للمسؤوليّة، أم لم يكن كذلك وفق ما يراه من قرائن وأمارات تدلّ على ذلك، ويخضع التعويض عن الضّرر للقواعد الخاصّة بالتعويض في القانون المدني، لأنّ التعويض عن العدول حقٌّ يحميه القانون، والتعويض يخصّ الضّرر الذي قد ينجم عن الأفعال المصاحبة للعدول ذاته، والقانون المدني الجزائري قد نصّ على التعويض عن الضّرر المادّي والضّرر المعنوي معاً.

ونصّت المادّة 05 على أنّ:" مجرّد العدول عن الخطبة لا يترتّب عنه تعويض، غير أنّه إذا صدر عن أحد الطرفين فعلٌ سبّب ضرراً للآخر يمكن للمتضرّر المطالبة بالتعويض".[3] ويمكن

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص827.

[2] قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3] المرجع نفسه.

في هذه الحال أن يكون التعويض بديلا عن الالتزام بالوفاء بالوعد، لأن هذا الوعد ينتهي بالعدول وأنّ التعويض لا يكون إلّا إذا صاحب العدول ضرف وملابسات من شأنها إلحاق الضّرر بالطّرف الآخر.

ثانيا: التعسّف في استعمال حقّ الطلاق:

1_ تعريف الطلاق: الطلاق **لغةً**: يفيد معنى الحل والتخلية والإرسال، يقال: أطلق الناقة من عِقالها وطلْقها فَطَلَقَتْ، خلّاها، وأطلقه فهو مُطلق وطليق: سرّحهُ وخلّى سبيله، وطلّق الرّجل امرأته وطَلُقَتْ بانت، فهي طالق، وهو مطلاق ومطليقٌ وطلّيقٌ.[1]

واصطلاحاً: يعرّف بأنّه:" إنهاء الحياة الزوجيّة في الحال أو المآل بلفظٍ مشتقٍّ من مادّة الطلاق أو معناها صراحةً أو دلالة".[2]

وقد نصّ القانون الجزائري في المادّة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه:" يُحَلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتمُّ بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلبٍ من الزوجة"[3]، وهذا دون أن يُعطي تعريفا واضحا للطلاق كما كان سابقا في المادّة نفسها التي عُدِّلَتْ بهذا القانون والتي كانت تعرّف الطلاق بأنّه:" حلّ عقد الزواج يتمُّ بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجان أو بطلبٍ من الزوجة"، وهذا التعريف لا يختلف في معناه عمّا تضمّنته المادّة الجديدة.

2_ تعريف التعسّف في الطلاق: يمكن تعريف التعسّف بما يبيّن ماهيّته وحقيقته، وذلك محاكاةً لتعريف التعسّف في استعمال الحق، بأنّه:" مناقضة قصد الشارع في التصرُّف بحقّ

---

[1] محمّد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، إشراف: محمّد نعيم العرقسوسي، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الثّامنة، 1426هـ_2005م، ج1، ص904.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السّابق، ص208.

[3] قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

الطلاق المأذون فيه شرعاً"،[1] فالتعسُّف في الطلاق هو إيقاع الطلاق إمّا بدون سبب، أو بقصد إلحاق الضرر بالزوجة.

3_ معايير التعسُّف وتطبيقاتها على حقّ الطلاق: يتوفّر كل من المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي عند التعسُّف في استعمال حقّ الطلاق، فيظهر **المعيار الذاتي** في نقطتين:

أ_ حال استعمال المطلِّق الطلاق بقصد الإضرار بغيره.

ب_ حال استعمال المطلِّق حقّه في إيقاع الطلاق قصد ترتيب أثرٍ لم يشرّع له الطلاق، كأن يطلّق امرأته في مرض موته أو حين احتضاره قصد منعها من الميراث.

أمّا **المعيار الموضوعي** فنلاحظه لأيضا من خلال نقطتان هما:

أ_ حال تفاهة المصلحة الحاصلة من الطلاق بالنسبة للضرر المترتّب عليه.

ب_ حال اختيار المطلِّق في تطليقه لزوجته طريقا أكثر ضرراً من غيره.

4_ الآثار المترتّبة على الطلاق التعسُّفي: نصّ المقنّن الجزائري على وجوب تقديم تعويض للمطلَّقة إذا ثبت تعسُّف زوجها في طلاقها، حيث نصّت المادّة 52 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه:" إذا تبيَّن للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حَكَمَ للمطلّقة بالتعويض عن الضّرر اللاحق بها".[2]

وتكييف طلاق الزوج بالتعسُّف فيه متروكٌ لسلطة القاضي التقديريّة، وعليه فإذا طلَّق الزّوج زوجته وتبيَّن للقاضي أنّ الزوج كان متعسّفاً عند استعمال حقّه، بأن كان إيقاعه للطلاق

[1] أيمن مصطفى الدباغ، التعسّف في الطلاق، مجلّة جامعة الأقصى، (سلسلة العلوم الإنسانيّة)، 1434هـ_2014م، العدد الاوّل، المجلّد الثامن، ص68.

[2] قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

بدون سببٍ معقول ولحق الضّرر بالمطلّقة جرّاء ذلك، جاز للقاضي أن يحكم لها بتعويض عادل حسب درجة تعسُّفه.

ثالثا: التعسُّف في استعمال الحقوق المتعلّقة بالجوار:

ويتمثّل الجوار في تلاصق جدارين فأكثر، ولا يمكن الحديث عن التعسّف في استعمال الحقوق المتعلّقة بالجوار إذا لم تتجاوز الأضرار التي يُلحقها المالك بالجار حدَّ المألوف، لأنّ مسؤوليّة المالك وتعسّفه لا يظهر إلّا عند حصول الضّرر الفاحش الذي يصيب الجار[1]، ومن علاقات الجوار التي قد يحصُل التعسّف فيها ما يأتي:

1_ التعسّف في الحقوق المتعلّقة بالمياه: وقد قرّر المقنّن الجزائري لمثل هذه الحقوق نصّاً عامًّا يحكمها، تضمّنته المادّة 692 من القانون المدني الجزائري، والتي تنصُّ على أنّ:" الأرض ملك لمن يخدمها، وتُعتبر جميع موارد المياه ملكاً للجماعة الوطنيّة..."[2]، وهذه المادّة تشير بالدلالة إلى وجود نوعين من الحقوق المتعلّقة بالمياه في علاقات الجوار التي يمنع التعسّف فيها:

أ_ حقّ الشرب والسقي: وحق الشّرب هو حقّ الشّخص في أن يروي نفسه من مِسْقَاةٍ خاصّة مملوكةٍ لشخص آخر،[3] وقد استعمل المقنّن الجزائري حقَّ الشُّرب في الباب الرّابع من قانون المياه،[4] والقانون الجزائري بهذا نصَّ على حق الشرب وأغفل النصّ على حقّ الشرب والذي يعني حقَّ الملّاك المجاورين في الحصول على المياه لسقي أراضيهم، وبذلك يضع المقنّن

---

[1] انظر: زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د: ط، 1426هـ_2006م، ص73_74. وأبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤوليّة عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد: الثاني، 1403هـ_1983م، ص130.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] عبد المنعم فرج الصدّة، الحقوق العينيّة والأصليّة، دار النهضة العربيّة، مصر، د: ط، د: ت، ص26.

[4] القانون رقم 05_12 مؤرّخ في 28 جمادى الثانية عام 1426، الموافق لـ 04 أوت 2005 يتعلّق بالمياه، أنظر الجريدة الرسميّة، عدد 60، المؤرّخة في 30 رجب عام 1426 الموافق لـ 4 سبتمبر 2005م.

لكلا الحقّين معنى واحد، ومنه نفهم أنّه إذا كان لصاحب الأرض مسقاةٌ وقد استوفى حاجته منها فيكون من حقّ جاره سقي أرضه، فإذا قام المالك بمنع جاره يكون متعسّفاً في استعمال حقه، على الرغم من وجود حقّ له يخوّل له الاحتفاظ بالمياه لنفسه.

ب_ حقّ المجرى والصرف: وحق المجرى هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمرَّ بأرض غيره المياه الكافية لريّ أرضه، وهو يختلف عن حق السقي، في كون هذا الأخير يقتضي استعمال الشّخص مِسْقَاةَ غَيْرِهِ، وحق المجرى هو أن يمر مجرى في ملك غيره، أمّا حقّ الصرف فهو حق يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بعد أن يستوفي الجار حاجياته، أو في أن ينشئ مصرفاً خاصًا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام.[1]

فإذا قام مالك الأرض بمنع جاره من وضع قنوات للاستفادة من المياه، ولم يوجد له مورد أخر أو كانت موارده غير كافية لريِّ أرضه، يُعتبر متعسّفا في استعمال حقّه، وكذلك الحال إذا منع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة أو استعمالها لتصبَّ في أقرب مصرف عمومي.[2]

2_ التعسّف في استعمال الحقوق الملاصقة للجوار: قد يثير التلاصق في الجوار إشكالات عديدة تقع بين المتجاورين، ولتجنّبها فرض المقنّن قيوداً على استعمال الملكيّة المجاورة، وتختلف هذه القيود باختلاف ظروف التلاصق،[3] وقد تناول المقنّن الجزائري نوعين من القيود المتعلّقة

---

[1] زهدي يكن، الملكيّة والحقوق العينيّة علما وعملاً، منشورات المكتبة العصريّة، لبنان، د: ط، 1382هـ_1962م، ص220.

[2] أحمد لعور ونبيل صقر، القانون المدني نصّاً وتطبيقاً لبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07 _ 05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د: ط، د: ت، ص272.

[3] Pierre Claude Le Fond, L’exercice De Droit De Propriété Et Les Troubles De Voisinage, La Revue Juridique Thémis, Editions Thémis Inc, Faculté De Droit, Université De Montréal, 1999, p 49.

بالتعسُّف في الحقوق الملاصقة للجوار وفصّل الأحكام الخاصّة بها والتي تتمثّل في:

أ_ أحكام الحائط الفاصل بين ملكيّتين: ويُقْصَدُ به الحائط الذي يقع ما بين بناءين، وقد نصّ المقنّن الجزائري على مختلف الأحكام الخاصّة بهذا الحائط في المواد من 704 إلى 707 ق.م.ج، حيث نظّم حقوق والتزامات مالكي الحائط بملكيّة مشتركة بين الجيران، ونستخلص من خلال هذه المواد أنّ استعمال الشريك للحائط يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي خصّص له، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر، وإلّا اعتُبر متعسّفاً في استعمال الحق.[1]

كما قيّد المقنّن من حريّة المالك في ملكيّته للحائط لصالح جاره بموجب نصّ المادّة 708 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي نصّت على ما يلي:"...غير أنّه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مُختاراً دون عذرٍ قانوني إن كان هذا يَضرُّ الجار الذي يستتر مُلِكَهُ بالحائط..."[2]، وهذا تطبيق صريح لنظريّة التعسّف في استعمال الحق، والمعيار المعتمد عليه في هذا الحال يقوم على الموازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها، والضّرر الحاصل من جرّاء التصرُّف في الملكيّة بهذا الشّكل.

ب_ الأحكام الخاصّة بالمناور والمطلّات: ويقصد بالمطلّات تلك الفتحات التي تمكّن من النّظر إلى الخارج والاطلاع عليه من نوافذ وشرفات، وينقسم المطلُّ إلى قسين: مطلٌّ موجه وهو الذي يمكن الاطلاع منه على ملك الجار مباشرةً دون الالتفات يميناً أو يساراً، والمطلّ الموجّه وهو الذي لا يمكن الاطلاع منه على ملك الجار إلّا بعد الالتفات يميناً أو يساراً.[3]

وقد قيّد المقنّن الجزائري من حريّة فتح المطلّ، حيث قيّد المطل الموجّه بمسافة المترين، تقاس من ظهر الحائط الذي يوجد به المطل أو من الحافة الخارجيّة، وهو ما نصّت عليه المادّة 709

[1] انظر: محمّد وحيد سوار، حق الملكيّة في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص218.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] زهدي يكن، المرجع السابق، ص117.

من القانون المدني الجزائري.

أمّا بالنسبة للحائط المنحرف فقد قيّده المقنن الجزائري في نصّ المادّة 710 من القانون المدني بمسافة ستين سنتمتراً يبدأ حسابها من ظهر الحائط، أو من الحافّة الخارجيّة للشُّرفة.[1]

ويقصد بالمناور تلك الفتحات التي تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء، ويُشترط فيها ألّا توضع في مكان يسمح بالنظر إلى ملك الجار، كما يجب أن يكون ارتفاعها عن أرضيّة الغرفة مترين على الأقل، وعلى ذلك نصّت المادّة 711 من القانون المدني الجزائري.

ويظهر التعسّف في استعمال حقّ فتح المناور والمطلّات، إذا قام صاحب الحقّ بفتح نافذةٍ أو منارةٍ في ملكه، حيث يمكن النّظرُ من خلالها على ملك الجار، كما يظهر التعسّف كذلك في حال عدم احترام المسافة المنصوص عليها قانوناً.

3_ **التعسّف في حقوق المرور**: ويتحقّق حقّ المرور في حال وجود عقار محصور، وقد نصّ المقنّن الجزائري على التعسّف في استعمال حق المرور، فسمح لمالك العقار المحصور بمنع جاره من التعسّف في استعمال ملكيّته إذا أراد أن يمنعه هو من الوصول إلى الطريق العام قصد الإضرار به[2]، فإن فعل ذلك اعتبر متعسّفاً في استعمال حقّه، إن تحققّت الشروط التالية:

أ_ أن يكون حق المرور ضرورياً لاستعمال العقار واستغلاله.

ب_ ألا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك.

جـ_ ألا يكون لمالك الأرض المحصورة حقّ مرور اتفاقي أو على سبيل الإباحة.

---

[1] رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينيّة الأصليّة أحكامها ومصادرها، الدار الجامعيّة الجديدة، مصر، د: ط، 1423هـ_2003م، 60-61.

[2] انظر: وائل محمّد شحّاتة الخطيب، القيود الواردة على حقّ الملكيّة في ضوء أحكام محكمة النّقض، دار الألفي، مينا، د: ط، 2003م، ص68.

دــ ملاءمة حقّ المرور للملّاك الآخرين.

وقد أعطى المقنّن الجزائري الحقّ لصاحب العقار المحصور حقّ المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام، ونصّ على ذلك في المادّة 693 من القانون المدني.

الفرع الثاني: التطبيقات القضائيّة للتعسُّف في استعمال الحق.

لقد جاءت القرارات القضائيّة مسايرةً لما نصّ عليه القانون الوضعي، حيث تضمّنت هذه القرارات تطبيقاتٍ واسعة للتعسّف في استعمال الحق، وهذا واضح من خلال الأحكام المختلفة للمحاكم واجتهاداتها القضائيّة، وفيما يأتي عرض لبعض التطبيقات القضائيّة لنظريّة التعسّف في استعمال الحق.

أوّلا: تطبيقات التعسّف في القضاء الفرنسي: فقد تضمّن القضاء الفرنسي عدّة تطبيقات للتعسّف في استعمال الحق من بينها:

1ــ قضت محكمة ليون الاستئنافيّة بفرنسا في 18 أفريل 1856م، بأنّ المالك الذي يقوم بعمل حُفرةٍ في أرضه لمجرّد منع وصول الماء إلى أرض جاره، ومالك الطاحونة القائمة إلى جوار طاحونةٍ أخرى، إذا رفع فجأةً أبواب الأحواض من غير مقتضى إلّا حجز الماء عن طاحونة جاره وتعطيلها عن العمل، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه جداراً يصل ارتفاعه إلى الطبقة الثالثة من عقار جاره، بحيث يحجب النور عن الغُرفة المواجهة له إذا لم يكن له من إقامة هذا الجدار منفعةٌ حقيقيّة، اعتبر كلّ هذا تعسُّفاً في استعمال الحق.[1]

2ــ قضت محكمة كولمار الاستئنافيّة بفرنسا في 02 مايوا 1855م، بهدم مدخنةٍ أقامها المالك بسطح منزله تواجه تماماً نافذةَ جاره من أجل إيذائه، وقام قضاء المحكمة على مجموعة من الأسباب أهمّها: من حيث المبادئ العامّة تقضي بأنّ حقَّ الملكيّة هو حقٌّ مطلق يبيح لصاحبه

[1] استئناف محكمة ليون، فرنسا، 18 أفريل 1956م.

استعمال ما يملك استعمالاً سليماً، إلّا أنّ هذا الحقَّ كغيره من الحقوق، يجب أن يكون لاستعماله مصلحةٌ جديّة ومشروعة، إذ تأبى قواعد الأخلاق والعدالة تأييد ما يصدرُ عن سوء نيَّةٍ، وما يُقتَرَف عن مجرّد هوى جائر.[1]

ثانياً: تطبيقات التعسّف في القضاء العربي: لم يتردّد القضاء العربي في تطبيق نظريّة التعسّف، ويظهر ذلك من خلال العديد من الأحكام والقرارات القضائيّة والتي من أهمّها:

1_ القضاء العراقي:

أ_ رقم القرار 306/صلاحية/1958م جاء فيه:" أنّ المحكمة قرّرت في حكمها المميَّز رد دعوى المدّعي لما تظاهر لها من عدم قيام سببٍ للضّرر الذي يدّعي المميِّز (المدّعي) أنّه لحقه من جرّاء إقامة المميَّز عليه الدعوى وحيث أنّ المدّعى عليه قد مارس في دعواه حقًّا شرعيًّا لا تعسُّف فيه، ولما كان التعويض إنّما يُستحقُّ على العمل غير المشروع أو عن التعسُّف في استعمال الحق، فيكون طلب المميِّز بالحكم لا سند له من القانون.[2]

ب_ رقم القرار 142/حقوقيّة/1956م، مضمون القرار:" الجواز الشرعي ينافي الضمان"، وقد جاء فيه:" إذا كان تحرير تركة المتوفى واجباً قانونيّاً، سواءٌ طلبت المدّعى عليها ذلك أم لا فلا يحقُّ للورثة المدّعين مطالبة المدّعى عليها بالتعويض بحجّةِ تسبّبها بأضرار عند طلبها تحرير التركة.[3]

جـ_ رقم القرار 362/توسعة أولى/1992م، تاريخ القرار 1992/09/15م حيث جاء فيه:" أنّ التعويض عن الطلاق قد تقرّر بالقانون رقم (05 لسنة 1985م)، قانون تعديل الأحوال الشّخصيّة ضمن الفصل الأوّل من الباب الرّابع الخاص بالطلاق، فلا يجوز قياس

[1] استئناف محكمة كولمار، دالوز، فرنسا، 02 مايوا 1955م.

[2] صدر القرار في 1958/02/24م، أنظر: سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، د: ط، د: ت، ص40.

[3] القرار منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلّد الثالث، القرارات الصادرة سنة 1965م، ص67.

التفريق عليه لأنّ الطلاق يقع بإرادة الزّوج الذي يكون متعسِّفاً، أمّا التفريق فيكون بحكم القاضي.[1]

2_ القضاء الأردني:

أ_ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنيّة ما يلي"... أنّ دعوى المؤجِّر بتخليّة المأجور(العين المأجّرة) بسبب هذا النّقص الزهيد (أي في الأجرة) استنادا إلى البند الأوّل من الفقرة الأولى للمادّة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين، تكون مشوبةً بعيب التعسّف في استعمال الحق، لما فيها من غلوٍّ وإغراقٍ وتشدّدٍ في إلزام حرفيّة النّص وإخلالٌ بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين وخروج عن روح القانون وغاياته، على اعتبار أنّ عدم دفع مثل هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلّفًا جوهريًا بالمعنى الذي هدف إليه المقنّن.[2]

ب_ كما صدر حكم لمحكمة التمييز الأردنيّة على أنّه:" يشترط لاستعمال نطاق الحق في القانون المدني الأردني الوارد في المواد (61 و66 و1021 و1026) عدم إلحاق الضّرر بالغير، فإن ألحق الضّرر بالغير وإن استعمل حقّه في ملكه، فإنّه ملزم بضمان الضّرر حسبما يقدّره أهل الخبرة.[3]

جـ_ وجاء في قرار محكمة التمييز الأردنيّة أيضا:" أنّ استعمال الحق الشرعي وإن كان ينافي الضمان عملا بأحكام المادّة (61) من القانون المدني، إلّا أنّه مقيّد بعدم إساءة استعمال الحق وإلّا أصبح ضامناً للضّرر الناشئ عن سوء استعمال الحق عملا بأحكام المادّة (66) من القانون المدني".[4]

---

[1] انظر: المختار من محكمة التمييز، إبراهيم المشاهدي، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، 1419هـ_1999م، ص166.

[2] تمييز رقم 1978/68، مجلّة نقابة المحامين الأردنيين 1978م، سنة26، عدد12، 894.

[3] تمييز حقوق رقم (2010/2347)، محكمة التمييز الأردنيّة، هيئة خماسيّة، تاريخ 2010/06/15م.

[4] تمييز حقوق رقم (1997/1079)، محكمة التمييز الأردنيّة، 1997/07/13م، أنظر: المجلّة القضائيّة، ص190.

3_ القضاء المصري:

أصدرت محكمة استئناف مصر الوطنيّة عام 1931م قرارٌ جاء فيه:" أنّ نظريّة التعسُّف في استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحقّ جواز إنكاره، بما يرجع لتقديره لظروفه الخاصّة به، إلّا إذا اسْتُخْدِمَ بقصد التنكيل بالغير ولغرضٍ غير جديٍّ وشريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار".[1]

ثالثا: تطبيقات التعسّف في القضاء الجزائري:

لقد تسنّى للقضاء الجزائري تطبيق نظريّة التعسّف في استعمال الحق في مناسبات عديدة ومختلفة، ومن بين تطبيقاته في هذا المجال:

1_ قرار المحكمة العليا رقم 90943 المؤرّخ في 1992/06/16م على أنّه:" من المقرّر قانوناً أنّه يجب على المالك ألّا يتعسّف في استعمال حقّه إلى حدٍّ يضرّ بملك الجار...، ولما كان ثابتا من قضيّة الحال أنّ قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضّرر ومصدره، وقضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيدا عن مسكن المطعون ضدّه، بسبب الضّرر الذي لحقه من جرّاء ذلك، مؤسّسين قرارهم على المعاينة، وبذلك فإنّهم قد أحسنوا تطبيق القانون، ممّا يتوجّب رفض الطّعن الحالي.[2]

2_ جاء في قرار المحكمة العليا رقم 200420 الصادر بتاريخ 2001/09/27م، عند مناقشة إحدى أوجه الطعن ما يلي:" الوجه الثاني مأخوذ من خرق القانون بدعوى أنّ النزاع لا يتعلّق بحدود الملكيّة، بل ينحصر في تعسُّف المطعون ضدّهم في استعمال حقّهم إلى حدٍّ

---

[1] استئناف محكمة مصر الوطنيّة، سنة1931م.

[2] المجلّة القضائيّة، قسم المستندات والنّشر، المحكمة العليا، الأبيار، الجزائر العاصمة، 1415هـ_1995م، العدد:01، ص101.

أنّهم سبّبوا أضرارا بملكيّة جارهم الطاعن، وأنّ مزاعم المطعون ضدّهم بأنّ والدتهم لا تزال على قيد الحياة، وأنّ الأملاك لا تزال شائعةً لا تؤثّر على طبيعة النّزاع، مادام أن الأمر يتعلّق بمضار الجوار الغير مألوفة كما هو ثابت ومبيَّن من خلال تقرير الخبرة التي اعتمدتها المحكمة الابتدائيّة، ومن هنا كان على قضاة الاستئناف وفق للمادّة 691 من القانون المدني أن يتأكّدوا إذا كانت المضار تجاوزت الحدّ المألوف، بدلا من القول أنّ العقار الموجود عليه الممر موضوع النّزاع لازال في حالة الشيوع، وبقضائهم كما فعلوا فقد خالفوا القانون.[1]

3_ وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 55985 الصادر بتاريخ 1989/11/15م النصّ على ما يلي:" من المقرّر قانوناً أنّه يجب أن يؤخذ حقّ المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمةً، والتي تحقّق أقلّ ضررًا بأملاك المجاورين، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ مخالفاً للقانون، ولما كان الثابت في قضيّة الحال أنّ أرض الطاعن أصبحت محصورةً بعد إنجاز الطريق الجديد من قبل مصالح الطرقات والجسور، وأنّ الخبير بيّن أنّ الجهة التي تؤدّي إلى الطريق لا تحدث ضرراً للجار، ومن ثمّة قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم وبقضائهم من جديد برفض طلب الطاعن يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

4_ قرّرت المحكمة العليا في الملف رقم 33909 بتاريخ 1985/05/29م بأنّه:" من المقرّر قانونا أنّه لا يجوز للجار أن يكون على جاره مطلٌّ مواجِهٌ على مسافةٍ تقلُّ عن مترين، ومنه فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد رفضه، ولما كان ثابتاً في قضيّة الحال أن الخبير قد أثبت أنّ الطاعن فتح مطلّات مواجهةً لجاره تقلّ مسافتها عن مترين، فإنّ قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن من فتح النوافذ المطلّة على جاره قد طبّقوا صحيح القانون، ومتى

[1] الاجتهاد القضائي للغرفة العقاريّة، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الأبيار، الجزائر،1423هـ_2004م، ج1، ص288.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 55985 الصادر بتاريخ 1989/11/15م.

كان ذلك استوجب رفض الطعن.[1]

5_ قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15م بما يلي:" إنّ النزاع المطروح يتعلّق بالجدار الفاصل بين ملكيّتي الطرفين، والذي اعتبره القضاء مشتركاً، ولذا فإنّ المادّتين 704 و705 من القانون المدني تحدّدان كيفيّة استعمال الحائط المشترك من طرف الملّاك مثل تعليته أو إسناد السّقف عليه دون إلحاق أيّ ضرر بشريكه، إلّا أنّه لا يجوز القيام بفتوحات في الحائط المشترك، أو الانتقاص من علوّه أو من سمكه، أو القيام بأيّ عمل يمسّ بمتانته، وبالتالي لا يمكن للطاعنين التمسّك بالمادّة 827 من القانون المدني، والأولويّة في إنجاز الفتوحات مادام أنّها مشروعة، ومخالفة للمادّتين أعلاه، وعليه فإنّ الوجهين غير مُبرّرين، والطعن بالنّقض غير مُؤسّس ويتعيّن رفضه.[2]

وخلاصة القول، أنّ القضاء قد اعتبر نظريّة التعسّف في استعمال الحق وقضى بما تضمّنته هذه النظريّة، وهذا ما جاء أيضا في مجموع الأحكام والقرارت القضائيّة الصادرة عن المحاكم الجزائريّة.

ومن ثمّة فإنّ كلًّا من القانون المدني والقضاء الجزائري قد أخذا بمقتضى نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ، فنصّ عليها القانون المدني في الكثير من المواد، كما طبّقها القضاء الجزائري في العديد من القضايا التي عُرضت أمامه، فهي نظريّة مستقرّة الأركان في القانون ومتضمّنة في القضاء.

---

[1] المجلّة القضائيّة، الجزائر، 1413هـ_1992م، العدد الرّابع، ص22.

[2] مجلّة المحكمة العليا، الجزائر، 1426هـ_2006م، العدد الأوّل، ص434.

المطلب الثاني:

الجزاء المترتّب على التعسّف في استعمال الحق.

إنّ التعويض هو جزاء المسؤوليّة المدنيّة، وغايته جبر الضّرر وإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وقاضي الموضوع هو المختصُّ بتقدير هذا التعويض بعد النّظر في ملابسات كلّ حال، وذلك من أجل أن يكون ما يقضي به متكافئاً مع ما ثبت من ضرر، وهذا ما سار عليه القانون الوضعي بصفةٍ عامّةٍ والقانون الجزائري بصفةٍ خاصّة، كما أنّ الفقه الإسلامي قد عرَف التعويض من خلال فكرة الضمان،[1] وسنتناول تفصيل ما قدّمنا من خلال فرعين:

الفرع الأوّل: الجزاء المترتب على التعسّف في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: الجزاء المترتّب على التعسّف في القانون الوضعي.

الفرع الأوّل: الجزاء المترتب على التعسّف في الفقه الإسلامي.

لم يكتف الفقهاء بالبحث في مآلات الأمور لاستخلاص مقاصد استعمال الحقوق، بل رتّبوا على حصول التعسف عند استعمال هذه الحقوق جزاءات متعدّدةٍ من خلال استقراء أصول الشريعة الإسلاميّة ومبادئها، والتي كان هدفها الأوّل هو هدايةُ النّاس لصالح الأعمال، وترغيبهم للفوز برضى الرحمن تارةً، وبترهيبهم تارةً أخرى عمّا يخالف أوامر الله تعالى، ومن ذلك ما يتعلّق بالتعسّف في استعمال الحق تُرَتِّب الشريعة الإسلاميّة عليه جزاءات مختلفة دنيويّة وأخرى أخرويّة.

أوّلا: الجزاء الدنيوي للتعسّف في استعمال الحق: ويشمل هذا الجزاء ثلاثة أنواع من

[1] عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤوليّة عنها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1436هـ_2006م، ص437.

الجزاءات الفرعيّة، جزاء مالي وجزاء عيني وآخر تعزيري.

1_ الجزاء المالي: وهو تعويضٌ يُقدّر بمبلغٍ من المال، يتمّ تحديده بعد معاينة الأضرار التي تسبّب فيها المتعسِّف في استعمال حقّه، لتدارك هذا الضّرر بالإزالة، وهذا الجزاء مرتبطٌ بالجزاء العيني، فإن تحقّق هذا الأخير فيُكتفى به، وإن لم يكن في الإمكان إزالتُه عيناً وجب التعويض عنه بالمال كما في حال الضّرر المعنوي، لأنّ الأصل في الجزاء أن يتناسب مع الجرم فالشّريعة الإسلاميّة قد شرّعت الحدّ لجريمة "القذف" مثلاً وهو ضررٌ معنوي أدبي، وقد نصّ بعض الفقهاء على جواز التعويض المالي مكان حد القذف، إزالةً للضّرر الحاصل بقدر الإمكان.

2_ الجزاء العيني: ويأخذ هذا الجزاء عدّة صورٍ كما يختلف باختلاف حالات التعسّف، فقد يأتي هذا الجزاء بحرمان صاحب الحقّ من حقّه الذي تعسّف في استعماله زجرا له على فعله، كسلب الولاية من يد الوليّ على النّفس والمال، إذا ثبت تعسُّفه في استعمال حقّه بأن ترتّب على ذلك ضررٌ للولد في نفسه أو ماله، وكذلك الحال بالنّسبة لمسألة تطليق الزّوجة عن زوجها وحلّ عصمتها عند الإضرار بها كما ذهب إليه بعض أهل العلم.

ويأتي هذا الجزاءُ أيضاً بإلزام صاحب الحقّ التوقّف عن استعماله وجبره على العمل بنقيضه، كما في حال احتكار الطعام، حيث يُلزم المحتكر بعرض سلعته وبيعها، وكذلك جبر الوليّ على تزويج ابنته إذا عضلها قاصدا الإضرار بها وتفويت فُرَصِ الزواج عنها، فإنّ للحاكم إلزامه بتزويج ابنته أو قيام الحاكم مقام الوليّ في ذلك وتزويجها.[1]

كما يكون الجزاء العيني بإزالةِ سبب التعسّف، بحيث يوقف الضّرر المسبّب له، كهدم البئر التي تسبّب حفرها في ذهاب الماء عن بئر الجار، وكذلك إجبار الجار على بناء سور يحول دونه ودون الاطلاع على حوش جاره ويشمل الجزاء العيني إلى جانب ذلك، مَنْعُ صاحب الحقّ من

[1] أحمد الصويعي شليبيك، المرجع السابق، ص64.

استعمال حّقه منعاً للضّرر النّاتج عنه، كمنع الشريكين من قسمة المال المشترَك إذا كان الشريك الآخر مصابا بالضّرر من جرّاء ذلك.

3_ **الجزاء التعزيري**: وهذا الجزاء موكول لوليّ الأمر في إنزال العقاب على المتسبّب بالضّرر، حسبَ ما يراه وفق سلطته التقديريّة، لأنّ التعزير إنّما هو تأديب على ذنب لا حدّ فيه ولا كفّارة،[1] فإذا ترتّب على التعسّف في استعمال الحق ضرر بالغير، جاز للحاكم أن يوقع عقوبةً تعزيريّة للمتسبّب بهذا الضرر إذا لم ترد فيها عقوبةً خاصّة.

ثانيا: **الجزاء الأخروي**: ونسبةُ هذا النوع إلى الدار الاخرة لكونه لا يقع حالاً في الحياة الدنيا، وإنّما يقع مآلا وهو خاصّ بالله عزّوجل ليعاقب من يشاء من عباده على ذنوبهم، فهو ترهيبٌ لمن قد تسوّل له نفسه ظُلم أخيه، أو أن يتعسّف في استعمال حقّه قصد الإضرار بالآخرين، فالله عزّوجلّ يعلم سرائر الناس وما تخفي صدورهم، وسيُجازي كلّ واحد منهم على أعماله، إن أحسن فله الحُسنى وإن أساء فله السَوْءَا.

والأساس الذي يرتكز عليه هذا الجزاء هو الفرد المسلم الذي يدرك عاقبة الأمور، المؤْمِنُ بتعاليم الشّرع الإسلامي الحنيف، والعامل بأحكامه، فهو عَالِمٌ ابتداءا بمراقبة الله عزّوجلّ له وسيعاقبه على نيّاته السيئة وإن فلت من الجزاء والعقاب الدنيوي، وأنّ كلّ أعماله ستعرض يوم القيامة ويُجازى عليها في هذا اليوم بأشدّ مما كان سيُجازى عليها في الحياة الدنيا.

وقد جاءت عدّة نصوص قرآنيّة تدلّ على ذلك منها قوله **تَعَالَىٰ**:﴿ يَوۡمَ تَجِدُ كُلُّ نَفۡسٖ مَّا عَمِلَتۡ مِنۡ خَيۡرٖ مُّحۡضَرٗا وَمَا عَمِلَتۡ مِن سُوٓءٖ تَوَدُّ لَوۡ أَنَّ بَيۡنَهَا وَبَيۡنَهُۥٓ أَمَدَۢا بَعِيدٗا ﴾[2]. أي أنّ الله تعالى قد توعّد كلّ من عمل عملا حسنا كان أم سيئا بالجزاء عليه

[1] انظر: وهبة الزحيلي، العقوبات الشرعيّة والأقضيّة والشهادات، منشورات كليّة الدعوة الإسلاميّة، طرابلس، ليبيا، د: ط، 1411هـ_1991م، ص103.
[2] آل عمران الآية {30}.

يوم القيامة، فيجده حاضرا أمامه ذلك اليوم لا ينقص منه شيء، ومصداقا لقوله أيضاً: قَالَ تَعَالَى:﴿ وَأَنَّ سَعْيَهُۥ سَوْفَ يُرَىٰ ۝٤٠ ثُمَّ يُجْزَىٰهُ ٱلْجَزَآءَ ٱلْأَوْفَىٰ ۝٤١ ﴾.[1]

كما جاء في ذلك قوله تَعَالَى:﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ۝٨ ﴾.[2] وجاء في تفسير الآية: فمن يعمل في الدنيا مثقال ذرّةٍ خيراً يره يوم القيامة في كتابه فيفرح به، وكذلك من يعمل مثقال ذرّةٍ في الدنيا شرًّا يره يوم القيامة فيسوؤه[3].

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على التعسّف في القانون الجزائري.

يظهر في نصوص القانون المدني الجزائري، أنّ المقنّن يُلزم المتعسّف في استعمال حقّه إذا أدّى ذلك التعسّف إلى إلحاق الضرر بالغير، بإصلاح ذلك الضّرر أو التعويض عنه، ولا يدخل هذا الإلزام في دائرة العقاب، فالعقاب زجرٌ للجُناة، وإنّما المقصود من الالتزام جبر الضّرر ومحوه ما أمكن وتخفيف آثاره، ويدخل في ذلك دفع مقابل للمُتضرّر من أجل إعادة التوازن بين مصلحة المتضرّر ومصلحة محدث الضّرر، وقبل ذلك نجد المقنّن رتّب جزاءً وقائيّا سابقا للجزاء التعويضي وبيان ذلك فيما يلي:

أوّلا: الجزاء الوقائي للتعسّف: ويُعرّف بأنّه جزاءٌ يمنع ابتداء الاستعمال التعسّفي للحق، ويحول دون وقوع الضّرر أصلاً،[4] ويهدف هذا الجزاء إلى منع صاحب الحق من التعسّف في استعمال حقّه، قبل أن يترتب على هذا الاستعمال أيُّ ضررٍ يؤدّي إلى تعويضه، ومن الوسائل التي يمكن أن تحقّق ذلك لجوء صاحب الحقّ إلى السلطة القضائيّة بنفسه مطالباً إيّاها الاعتراف

---

[1] النجم الآية {40_41}.

[2] الزلزلة الآية {7_8}.

[3] أبو الطيب محمّد صدّيق خان البخاري، فتح البيان في مقاصد القرآن، تقديم: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصريّة، صيدا، بيروت، لبنان، د: ط، 1412هـ_1992م، ج15، ص344.

[4] انظر: حسن كيرة، المرجع السّابق، ص792.

بحقّه وحمايتها له، وبالتالي تمكينه من استغلاله في الحدود القانونيّة.

ويدرس القضاء هذا الطلب بِنَاءً على وجود الحقّ من جهة، وعدم وجود التعسّف عند استعماله من جهة أخرى، فإن كان في طلب استعمال هذا الحقّ مدخلا للتعسّف رُفض طلب استعماله، وإن لم يكن فيه تعسّف أجازه لطالبه وأقرّه له، وقد تضمّن القانون المدني الجزائري العديد من التطبيقات لهذا النوع من الجزاء، ومن بينها ما يلي:

1_ إذا أقام مالك الأرض بحسن نيّة بناءً على جزءٍ من الأرض الملاصقةِ، جاز للمحكمة إذا رأت محلّا لذلك أن تُجبر صاحب هذه الأرض على أن يتنازل لجاره عن ملكيّة الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل، وهو ما نصّت عليه المادّة 788 من القانون المدني الجزائري.

2_ نصّت المادّة 881 من القانون المدني الجزائري على أنّه:" يجوز لمالك العقار المرتفق أن يتحرّر من الارتفاق كلّه أو بعضه إذا فقد الارتفاق كلّ منفعةٍ للعقار المرتفق ولم تبق له غير فائدةٍ محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".[1]

في مثل هذه الأحوال يؤدّي تطبيق مبدأ التعسّف في استعمال الحقّ إلى إنهاء هذا الحق المتعسَّف في استعماله، ومن ثمّة لا يبقى هناك مجال للتعسّف، ويُحْكَمُ بالتعويض على المتعسّف بعد إثبات التعسّف من طرف من يدّعي التعسّف طبقاً للقواعد العامّة، فإذا ادعى شخصٌ أنّ أعمال الحفر التي يقوم بها جاره لا يقصد بها سوى الإضرار به، فإنّ عليه إثبات ادعائه وفقا لما تنصّ عليه القواعد العامّة، وانعدام مصلحةِ صاحب الحقّ في استعماله أو إهماله في الاحتياطات اللّازمة التي تمنع الضّرر عن الجار تُعتبر قرينةً على التعسّف.[2]

ثانيا: الجزاء التعويضي: ويكون محلّ هذا النوع من الجزاء بعد وقوع التعسُّف، حيث يتمثّل

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] أنظر: بلحاج العربي، النظريّة العامّة للالتزام، المرجع السابق، ص139.

في إزالة الضّرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، والأصل فيه أن يكون بالحكم على المتعسّف أن يسدّد مبلغاً من المال يدفعه للمتضرّر على سبيل التعويض عن الضّرر الذي ألحقه به.[1]

غير أنّه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل، ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضّرر السابق وتجنّب الضّرر اللّاحق[2].

فالجزاء العام في المسؤوليّة المدنيّة هو إلزام المسؤول بتعويض المضرور عمَّا أصابه من ضررٍ، وهذا التعويض قد يكون مبلغًا من المال كما قد يكون تعويضاً غير مالي، كحكم القاضي بأداءٍ معيّنٍ للمضرور، أو بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع هذا الضّرر، وفي ذلك نصّت المادّة 124 معدّلة من القانون المدني الجزائري على أنّه:"كلُّ فعلٍ أيّا كان يرتكبه الشّخص بخطئه، ويسبّب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"،[3] فالمادّة تنصّ على ضرورة تعويض الخطأ الذي يسبّب الضّرر، فالقياس يقتضي أنّ الضّرر الذي يسبّبه الشّخص من جرّاء تعسّفه يكون مناطاً للتعويض القضائي من باب أولى. كما جاء نصّ المادّة 132 من نفس القانون بقولها:" يعيّن القاضي طريقةَ التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسّطاً كما يصحُّ أن يكون إيرادا مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدّر تأميناً.

ويقدّر التعويض بالنّقد على أنّه يجوز للقاضي تبعاً للظّروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادةِ الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتّصل بالفعل غير المشروع".[4]

---

[1] Mazeaud Et Tunc, Traité Théorique Et Pratique De La Responsabilité Civile, Op Cit, P : 582.

[2] محمّد صبري السعدي، النظريّة العامّة للالتزامات، دراسة مقارنة في القوانين العربيّة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د: ط، 1433هـ_2003م، ص72-73.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] المرجع نفسه.

ويُستخلص من نصّ المادتين أنّ التعويض على التعسّف في استعمال الحق يكون على نوعين:

1_ التعويض العيني: فلا شكَّ أنّ من أصابه ضررٌ من جراء التعسّف له الحقُّ في أن يطالب بإصلاحه عيناً في كلّ الأحوال، ليعود بعد ذلك إلى الحال التي كان عليها قبل وقوع الضّرر، فَإِنْ تَعَسَّفَ صاحبُ الحقّ وبنى مِدْخَنةً بقصد حجب ضوء الشّمس عن جاره، فيجب أن يلتزم هذا المالك المتعسّف بهدم هذه المدخنة، وإذا فتح المالك نافذةً تُطِلُّ على عقار جاره دون التقيُّد بالمسافات القانونيّة وجب إلزامه بإغلاقها.

وللحكم بالتعويض العيني لا بدّ من توافر الشّروط التالية:

أ_ إمكانيّة تحقّق هذا النّوع من التعويض: فالقانون عندما يشترط التنفيذ العيني للالتزام يقيّده بإمكانيّة تحقّقه، وأن يكون مثل هذا التحقيق ممكناً، فإن لم يمكن ذلك واستحال على المدين أن يؤدّي التعويض عيناً يحكم له بالتعويض المالي أو النّقدي.[1]

ب_ يجب ألا يكون التعويض العيني مُرهقاً للمدين: فإذا كان التعويض العيني فيه إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع التعويض النقدي، إن كان ذلك لا يُلحق ضرراً جسيماً بالدّائن، كأن يَتَجَاوَزَ المالِكُ بحسن نيّةٍ ويبني بجزءٍ يسيرٍ في أرض جاره، وإن طبّقنا عليه قاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه فيجب هدم بناءه، وذلك فيه إرهاقٌ كبير له، لذا يعوّض الجار بتعويض نقدي مقابل الضّرر الذي لَحَق به شَرْطُ أَلَّا يُلْحِقَ هذا التعويض بالجار ضرراً جسيماً.

وقد سار القضاء على أنّ التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، والعدول عنه إلى التعويض النّقدي هو رخصةٌ لقاضي الموضوع يقضي بها كلّما رأى في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين، بشرط

[1] شكري محمّد، موجز الأحكام العامّة للالتزام في القانون المصري، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1405هـ_1985م، بند 12، ص16.

ألا يُلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدّائن.

فمتى رأت المحكمة أنّ عدم التنفيذ العيني من شأنه أن يَضُرّ بالدّائن ضرراً جسيماً، فإنّه لا رقابة عليها إن هي أعملت حقّا أصيلاً لهذا الدّائن، وقضت بالتنفيذ العيني.

جـ_ أن يكون التعويض العيني وفق مقتضيات الظّروف: فيجوز للقاضي تبعاً للظّروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء معيّنٍ مُتَّصِلٍ بذلك الحق المتعسّف فيه، وذلك على سبيل التعويض.

د_ يجب أن يطالب المضرور التعويض العيني بنفسه: إذا طلب المتضرّر هذا التعويض فإنّه يتوجّب على القاضي أن يحكم به، ولا يتقيّد المضرور بتقديم أيِّ نوعٍ من التعويض (العيني أو النقدي)، إذْ من حقّه أن يطالب بأيّ واحد منهما وللقاضي تقدير الظّروف، وله قبول ذلك كما يمكنه رفض طلبه.

2_ التعويض بمقابل: إنّ أغلب حالات التعويض بمقابل يكون فيها التعويض مقدّراً بمبلغٍ من المال، كما يمكن أن يكون التعويض بمقابل غير نقدي،[1] إذ ليس في نصوص القانون ما يحول دون ذلك، وهذا التعويض يكون في جميع الأحوال التي يتعذّر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويضٍ عيني، فيحكم بتعويضٍ نقدي أي أنّه إذا تعذّر إزالة الضّرر الفاحش، فإنّ السبيل إلى جبر الضّرر هو اللّجوء إلى التعويض النقدي.

3_ تقدير التعويض في التعسّف: تقدّر المحكمة مقدار التعويض المترتب على التعسّف في استعمال الحق حسب العديد من المعطيات ووفق نطاق محدّد.

أ_ نطاق التعويض عن التعسّف في استعمال الحق: من أجل التعرُّف على نطاق التعويض عن التعسُّف في استعمال الحق، فالأمر يستوجب منَّا الرجوع للقواعد العامّة التي تحكم تقدير

---

[1] إيهاب علي محمّد عبد العزيز، المرجع السابق، ص139.

التعويض في القانون المدني، حيث نجد المادّة 131 منه تنصُّ على أنّه:" يقدّر القاضي مدى التعويض عن الضّرر طبقاً لأحكام المادّتين 182 و182 مكرّر، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لـم يتيسّر له وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفةٍ نهائيّة، فله أن يحتفظ للمضرور بالحقّ في أن يطالب خلال مدّة معيّنةٍ بالنّظر من جديد في التقدير"[1].

ومن خلال استقراء نصّ المادّتين 182 و182 مكرّر، يتّضح لنا بأنّ تقدير التعويض لا يحدّده القاضي حسب رأيه وهواه، إنّما قد وضع المقنّن الجزائري مجموعةً من المعايير التي يعتمدها في تقديره للتعويض، والتي بدورها تحدّد نطاقه[2]، ومن بين هاته المعايير التي يعتمدها المقنّن في تحديد نطاق التعسّف ما يلي:

_ الاعتداد بالضّرر المباشر.

_ الاعتداد بالظّروف الملابسة عند تقدير التعويض.[3]

_ شمول التعويض لما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب.[4]

ب_ مدى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن التعسّف: بالرجوع إلى القواعد العامّة، فإنّنا نجد أنّ المحكمة تتمتّع بسلطةٍ واسعةٍ في مجال تقدير التعويض اللّازم والذي لابدّ أن يكون ملائماً لنسبة الضّرر، وهو ذات ما ينطبق على مسألة التعسّف في استعمال الحق، عندما يؤدّي هذا التعسّف إلى الضّرر، وتقوم المحكمة باستخلاص التعسّف والتحقّق من وجود العلاقة

---

1 القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2 انظر: شرقي سعديّة، التعسّف في استعمال حقّ الملكيّة، رسالة ماستر، كليّة الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، د: ط، 1433هـ_2013م، ص87-88.

3 انظر: سليمان مرقص، الوافي في شرح الالتزامات، دار الكتب القانونيّة، مصر، الطبعة الثانيّة، 1413هـ_1992م، المجلّد الرابع، ص171.

4 انظر: خليل أحمد حسن قدّادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، الطبعة: الرابعة، 1430هـ_2010م، ج1، ص264.

السببيّة بينه وبين الضّرر، وتحدّد كذلك مقدار التعويض.[1]

والتعويض عن التعسّف يعتبر من المسائل الواقعيّة التي يستقيل بها القاضي، دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا، غير أنّه يتوجّب عليه تعيين عناصر الضّرر التي تدخل في حساب التعويض.

وأخيرا يمكن القول من خلال مقارنة ما في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بشأن الجزاء المترتب على التعسّف، أنّ هناك توافقًا كبيرا بين هذه القوانين وما جاء في الفقه الإسلامي فيما يخصّ الجزاء الدنيوي للتعسّف، سواءٌ كان ماديّاً أو معنويًّا، بينما تميّزت الشريعة الإسلاميّة في اعتبار الجزاء الأُخْرَوِي في هذا الشأن، والمتّفق عليه في هذه المسألة أيضاً أنّه إذا تحقّق الضّرر من جرّاء التعسّف في استعمال الحق، قامت مسؤوليّة الشّخص المتعسّف والتزم بالتعويض، أمّا إذا لم يترتب على الاستعمال التعسُّفي ضررٌ فلا تقع المسؤوليّة عليه، كما لا يلتزم بالتعويض لارتباط التعسّف بالغاية التي شرع من أجلها هذا الحق.

[1] عبد العزيز كاظم، الضّرر المرتد وتعويضه في المسؤوليّة التقصيريّة دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة، الأردن، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1998م، ص164.

الباب الثاني:

التعسف في استعمال حقّ الفسخ وتطبيقاته في العقود.

وفيه فصلان:

الفصل الأوّل: أثر التعسّف في استعمال الحق على الإرادة العقديّة.

الفصل الثاني: أثر التعسف في استعمال حق الفسخ على العقود.

الفصل الأوّل:

أثر التعسّف في استعمال الحق على الإرادة العقديّة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: مفهوم العقد وتقسيماته.

المبحث الثاني: أثر التعسّف على الإرادة المنشئة للعقود.

تمهيد:

يتفق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي في اعتبار قاعدة: **"وجوب الوفاء بالعقود"** في حال ثبوت أركان العقد واستيفائه لشروطه العامّة والخاصّة، فيتأكّد نفاذه ويترتب أثره، لكن هناك حالات تظهر فيها اختلالات في العقد ناجمة عن تعسّف أحد الأطراف في استعمال حقّه من أجل تحصيل نفع أكبر بالنّسبة لما يحصّله الطرف الأخر، ما يسبب اختلالا في التوازن العقدي، ولا يبدو هذا التعسّف ولا تظهر أركانه بصورة جليّة إلّا عند سريان العقد وخاصَّة أثناء التنفيذ، لذا سعى كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني إيجاد حلّ يُحَافَظُ به على توازن العلاقة بين المتعاقدين تحقيقا للعدالة التعاقديّة.

فالعقد لا بدّ أن ينشأ ويُبنى على أُسس التوازن، فيتحقّق بذلك استقرار المعاملات بذلك دون تعرّض العقد للبطلان أو التصحيح، وممّا يؤثّر على العلاقة العقديّة مسألة التعسّف في استعمال الحق، والتي قد تؤثّر في التوازن الموضوعي أو المالي للعقد ممّا قد يؤدّي إلى لجوء أحد طرفيه إلى فسخه.

كما لا يُعْتَبَرُ العقد متوازنًا ولا خاليًا من التعسّف إلّا إذا كان الأداء المقابل معادلا لما يمنحه أو يفعله الطرف المقابل، بالإضافة إلى عدم تفاوت أداءات متعاقد بالنّسبة لأداءات المتعاقد الأخر، ومن أجل بحث موضوع أثر التعسّف في استعمال الحق على العلاقة العقديّة قمنا بتقسيم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأوّل: مفهوم العقد وتقسيماته.

المبحث الثاني: أثر التعسّف على الإرادة المُنْشئة للعقد.

المبحث الأوّل:

مفهوم العقد وتقسيماته.

لقد وضع العلماء نظريّةً مستقلّةً تحوي كلّ ما يتعلّق بالعقد، وهذا نظرا لاتساع مفهومه وكثرة الفروع التي تتشعّب عنه، ويُعْتَبَرُ العقد من بين المسائل التي حظيت بالبحث الكثير والدراسة المستفيضة، لذلك اهتم فقهاء الشريعة الإسلاميّة وفقهاء القانون بالبحث في موضوع العقد، فوضعوا له التعريفات العديدة كما قسّموه إلى عدّة أقسام وتصنيفات، ووضعوا له شروطا وأركاناً ورتّبوا عليه مجموعةً من الأحكام المختلفة التي لها تعلّق بالعقود والالتزامات في كثير من جوانبها، وفي هذا المبحث سأقوم بدراسة مفهومه من خلال مطلبين:

المطلب الأوّل: مفهوم العقد.

المطلب الثاني: أقسام العقد.

المطلب الأوّل: مفهوم العقد.

بما أنّ العقد قد احتلّ مكانة رفيعةً ودرجةً عاليّةً في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فإنّ العلماء والفقهاء قد اهتمُّوا بدراسته، وتعمّقوا بالبحث فيه، وذلك من خلال وضع التعريفات المختلفة والأحكام المتعدّدة له، وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامي في بعض المفاهيم والأحكام، فيما اختلفا في أحكام ومفاهيم أخرى، وبيان ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأوّل: تعريف العقد وبيان ماهيته.

الفرع الثاني: أركان العقد وشروطه.

الفرع الاوّل: تعريف العقد وبيان ماهيته.

وفيه بيان لمعنى العقد في اللّغة والاصطلاح، وكذلك توضيحٌ للفروق الموجودة بين العقد وبعض الألفاظ القريبة من معناه أو ذات الصلة به.

أوّلا: تعريف العقد: العقد من الألفاظ التي اشتهرت وانتشرت في كتب الباحثين ومؤلّفاتهم وحظيت بالاهتمام والدراسة، فوضعوا له التعاريف المختلفة، وأهمّ ما جاء في تعريفه ما يلي:

1_في اللّغة: العقد _بفتح العين وكسرها_ معناه الرّبط، وهو نقيض الحِلِّ بكسر الحاء واللّام. ومَعْقِدُ الشيء مَوْضِعُ عَقْدِهِ، وعَقَدْتُ الحبل عقدا ونحوه فانعقد، والعقدة هي: موضع العقد من النّظام ونحوه، والعقد مثل: العهد.[1] وجمعه عقود،[2] وهو مأخوذ من الفعل الثلاثي "عقد"، والعقد يطلق على عدّة معانٍ[3]:

---

[1] أبو عبد الرحمن الخليل الفراهيدي، كتاب العين، المرجع السابق، ج1، ص40.

[2] محمّد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللّغة، المرجع السابق، ج1، ص135.

[3] انظر: الفارابي، الصحاح، المرجع السابق، ج2، ص510، وانظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص296.

أ_ يطلق في اللّغة ويراد به معنى الشّد والرّبط: سواءٌ كان ربطاً حسيّا أو حكميّاً (معنويّا)، ومثال الربط الحسيّ أن يقال: عقد الحبل إذا جُمِعَ أحد طرفيه على الأخر ورُبط بينهما وهذا ربط حسي، ومثال الربط الحكمي أو المعنوي عقد البيع ونحوه...،[1] من كلّ ما فيه ربط بين كلامين، فهو يُسْتَعْمَلُ في المعاني والأحكام، ومنه فعقد أيّ شيء إحكامه وإبرامه، ومن ذلك **قوله تعالى:**﴿ وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ وَٱعْلَمُوٓاْ ﴾.[2] ففي الآية نجد لفظ النكاح قد سُبق بالعُقْدَةِ لأنّ النّكاح يربط بين الزوجين ربطاً حكميّا معنوياً.

ب_ يطلق ويراد به أيضاً الضمان والعهد: ويُجمع على عقود ومنه **قوله تعالى:**﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ .[3]والعقود في الآية تعني العهود أو الفرائض التي ألزمنا بها اللّه[4]، ويُطْلَقُ على أوكد العهود لأنّ معنى العهد هو الإلزام، فيكون العقد إلزاماً على سبيل الإحكام.

جـ_ يطلق ويراد به معاني التوكيد والتوثيق والتغليظ: ومنه **قوله تعالى:** ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ .[5] فكلمة عَقَّدَ _بالتشديد_ في هذه الآية معناها التوكيد وتوثيق الاتفاق وتغليظه.

فالعقد له عِدّة معانٍ تختلف فيما بينها من حيث المبنى ومن حيث التصوّر، ولكن يجمعها معنى الربط، وهذا الربط يكون في بعضها حسّي كربط الحبل، وفي البعض الآخر يكون هذا الربط معنوياً حيث يتضمّن معنى التقويّة والإحكام، لما فيه من إحكامٍ وتقويّةٍ للصّلة بين المتعاقدين وهو كما في العهد والتوكيد والتوثيق، قال القرطبي رحمه اللّه تعالى:" والعقد على ضَربَيْنِ حِسِّيٌّ كعقد الحَبْل، وَحكمِيٌّ كعقد البيع... فاليمين المنعقدة مُنْفَعِلَةٌ من العَقد، وهي عَقْدُ الْقَلب في الْمستقبل ألّا يَفعَلَ فَفَعَل، أو ليفعَلَنَّ فلا يَفعلُ كما تَقَدَّم، فهذه الَّتي يحُلُّها

[1] انظر مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، فصل العين، ج1، ص300.
[2] البقرة الآية {235}.
[3] المائدة الآية {1}.
[4] انظر، عبد الرحمن الثعالبي، المرجع السابق، ج2، 334.
[5] المائدة الآية {89}.

الاسْتِثْناء".[1]

واستنادا على ذلك أقول بأنّ معنى العقد في اللُّغة:" هو الربط التام الحسّي والمعنوي الذي يحقق كل ما يفيد الالتزام بشيءٍ سواءٌ من جانب واحد أو من جانبين حاملاً لمعاني الربط والتوثيق واللّزوم بالفعل والترك".

2_ العقد في الاصطلاح: عُرِّف العقد في الاصطلاح بتعاريف كثيرة سواء عند فقهاء الشريعة الاسلاميّة أو عند فقهاء القانون الوضعي، ومن هذه التعاريف ما يلي:

أ_ العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة: يشيع إطلاق كلمة عقد على معنيين اثنين: أحدهما عام، والآخر خاص، وتفصيل كليهما كالآتي:

_ المعنى العام للعقد:

يَطلق الفقهاء لفظ العقد ويعنون به كلّ التزام شرعيٍّ من تكاليف وواجباتٍ شرعيّةٍ ممَّا فرضه الله على عباده، سواءٌ كان ذلك ناشئاً عن إرادة طرفين كما في عقود المعاوضات، أو بإرادةٍ واحدةٍ كعقود التبرّعات، ودليل الشُّمول **قوله تعالى:** ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾.[2] فالذي يدلّ على العموم هو: "أل" الاستغراقيّة الموجودة في لفظ: "العقود" لذلك عرّف **الجصّاص**[3] رحمه الله العقد بأنّه:" الْعَقْدُ مَا يَعْقِدُهُ الْعَاقِدُ عَلَى أَمْرٍ يَفْعَلُهُ هُوَ أَوْ يَعْقِدُ عَلَى غَيْرِهِ فِعْلَهُ عَلَى وَجْهِ إلْزَامِهِ إيَّاهُ".[4]

وخلاصة القول فيما يتعلّق بالمعنى العام للعقد أنّه لا يُشترط أن يُطلق العقد بمعناه العام

---

1 شمس الدين القرطبي، تفسير القرطبي، المرجع السابق، ج6، ص266.

2 المائدة الآية {01}.

3 هو **أحمد بن علي الرَّازي**، أبو بكر الجصاص: فاضل من أهل الرأي، سكن بغداد ومات فيها، ولد رحمه الله سنة (305هـ -917م) وتوفي سنه (370هـ -980م) انتهت إليه رئاسة الحنفية، وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع، وألف كتاب (أحكام القرآن) وكتاب الفصول في الأصول مصور، في معهد المخطوطات بالقاهرة، انظر: خير الدّين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، 1422هـ_2002م، ج1، ص171.

4 أحمد أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق ج2، ص370.

على الالتزام الذي يتمّ بين طرفين، بل يدخل في معناه كلُّ ما عَزَم الانسان على الوفاء به، سواءٌ كان من طرفٍ واحد أو من طرفين، فلا يُشْتَرَطُ عددٌ معيّنٌ من العاقدين، بل يكفي لانعقاد العقد وجود إرادة واحدةً، ويسمَّى على إِثْرها التصرُّف عقداً.

_ **المعنى الخاص للعقد**: لقد وضع الفقهاء تعريفات مختلفة للعقد بمدلوله الخاص، وهي تتقارب في الألفاظ والمعاني، ومن بين هذه التعاريف ما يلي:

عرَّف **الجرجاني** رحمه الله العقد بمعناه الخاص بأنّه:" ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعًا".[1] وعرّفه **الزركشي** رحمه الله تعالى فقال:" هو ارْتِبَاطِ الْإِيجَابِ بِالْقَبُولِ الِإلْتِزَامِيِّ".[2]

وقال **ابن عابدين** رحمه الله:" الْعَقْدَ اسْمٌ لِمَجْمُوعِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ"[3]، وجاء في **الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة** أنّ العقد هو:" ارْتِبَاطُ أَجْزَاءِ التَّصَرُّفِ الشَّرْعِيِّ، بِالْإيجَابِ وَالْقَبُول، أو هو ارْتِبَاطُ الْإيجَابِ بِالْقَبُول عَلَى وَجْهٍ مَشْرُوعٍ يَثْبُتُ أَثَرُهُ فِي مَحَلِّهِ"[4]، أو بعبارةٍ أخرى العقد هو:" تعلُّق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في محلّه".

كما جاء في تعريفه أنّه:" ارْتِبَاطُ أَحَدِ الْكَلَامَيْنِ بِالْآخَرِ عَلَى وَجْهٍ يُسَمَّى بِاعْتِبَارِهِ عَقْدًا شَرْعِيًّا وَيَسْتَعْقِبُ الْأَحْكَامَ".[5]

وعرّف بعضهم العقد بأنّه:" كُلُّ مَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إيجَابٍ وَقَبُولٍ".[6] وجاء في **مجلّة الأحكام العدليّة** المادة (103) أنّ العقد هو:" الْتِزَامُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَتَعَهُّدُهُمَا أَمْرًا وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ ارْتِبَاطِ الْإِيجَابِ بِالْقَبُولِ"[7].

---

[1] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ج1، ص153.

[2] أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المرجع السابق، ج2، ص397.

[3] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1412هـ -1992م، ج4، ص509.

[4] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج28، ص220.

[5] ابن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص190.

[6] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص5.

[7] مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص29.

وهذا المفهوم للعقد هو المعنى الغالب والشّائع عند أغلب الفقهاء إن لم نقل كلُّهم، ولذلك إذا أُطلقت كلمة العقد تَبَادر للذهن أنّ المراد هو ارتباط كلام أحد المتعاقدين بكلام الأخر.

ومن خلال مختلف هذه التعريفات نستنتج أنّه لابدّ من توفُّر عدّة عناصر في العقد وهي:

العنصر الأوّل: وهو جود طرفين أحدهما يُسمَّى موجباً والآخر يسمّى قابلاً، فإذا كانت الإرادة صادرةٌ من شخص واحد فلا يسمّى ما يصدر عنها عقداً وفقاً لهذا الاصطلاح، بل يسمّى التزاماً أو إرادةً منفردةً.

العنصر الثاني: هو ارتباط الإيجاب بالقبول أو القبول بالإيجاب.

العنصر الثالث: ظهور أثر هذا الارتباط في المعقود عليه، فيترتب عليه خروج المعقود عليه من حالته الأولى إلى حالته الجديدة.

العنصر الرّابع: مشروعيّة العقد، لأنّ كلّ شيء في الإسلام مقيّد بالشرع، والعقد مصدره الشّرع لذلك لابدّ أن يكون مشروعاً.

_ العلاقة بين المعنى اللّغوي والشّرعي للعقد: العلاقة بين المعنيين اللّغوي الشّرعي للعقد واضحة، إذ قد خُصّص الارتباط الذي جاء في المعنى اللُّغوي بالارتباط بين الإيجاب والقبول في المعنى الاصطلاحي.

ب_ تعريف العقد في القانون: لقد أورد المقنن الجزائري تعريفا للعقد حيث عرّفه في المادّة 54 من القانون المدني الجزائري بأنّه:" اتفاقُ يلتزم بموجبه شخصٌ أو عدّةُ أشخاصٍ آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".[1] ويتفق جمهور شرّاح القانون المدني على أنّ العقد هو:" توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".[2] ويشمل الاتفاق على إنشاء الإلتزام بالبيع أو بالإجارة وكذلك نقله بالحوالة وتعديله، كتأجيل الدين وإنهاءِه باتفاق

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] انظر: أنور سلطان، الموجز في النظريّة العامّة للالتزام، _مصادر الالتزام_ دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1425هـ_ 2005م، ص13.

أحد المتعاقدين مثلاً على إنهاء عقد الإيجار قبل الموعد المحدّد لانتهاء العقد.

هذا وقد أفاد تعريف العقد في القانون أنّ للعقد مكوّنات يقوم عليها وهي كالآتي:

ــ توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني.

ــ أن تتّجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني.

ــ أن يكون الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات الماليّة، كعقد البيع مثلا.[1]

جــ المقارنة بين تعريفي الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي للعقد:

عند التأمّل والنّظر في كلّ من تعريف العقد في الشريعة الإسلاميّة وفي القانون، يتبيّن لنا أنّ التعريف القانوني للعقد وإن كان يتّفق في جملته مع التعريف الفقهي، إلّا أنّ التعريف الفقهي يبقى أكثر دقّةً وشمولاً خاصَّةً من حيث النّطاق والأثر.

أمّا من **ناحية النطاق:** نجد أنّ العقد في القانون يُطلق على الاتفاق الذي يقع في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات دون غيرها، بينما نجد العقد في الشريعة الإسلاميّة يُطلق على ما يكون في دائرة المعاملات الماليّة، كما يطلق على سائر التصرُّفات الشّرعيّة.

ومن **ناحية الأثر:** نجد أنّ العقد في الشريعة الإسلاميّة هو عبارةٌ عن ارتباط القبول بالإيجاب على وجهٍ يُظْهِرُ أَثَرَهُ في المحلِّ، أمّا في القانون فهو مجرّد اتفاقٍ على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، فأثر العقد في القانون هو إنشاء التزامات سواءٌ كان الالتزام يعتبر نافذا بقوّة القانون أو بمجرّد انعقاد العقد.

كما قد تشترط فيه شروطٌ خارجة عن ماهيّة العقد كالتوثيق والكتابة، وذلك غير ما يحصل في الشريعة، إذ أنّ العقد فيها يُنْتِجُ حُكْمَهُ بمجرّد انعقاده صحيحاً دون اتخاذ أيّ إجراءٍ آخر مستقلٍّ عن العقد.

---

[1] انظر: أحمد فراج حسين، المدخل الفقهي الإسلامي ــتاريخ الفقه الإسلاميــ الملكيّة ونظريّة العقد، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1422هـ_2002م، ص391.

ثانياً: العقد والألفاظ ذات الصلة به:

قد يَشْتَبِهُ مصطلح العقد مع بعض المصطلحات الأخرى، والتي قد تكون لها صِلَةٌ به كالالتزام والتصرّف، مع اختلاف المعنى الذي يتولّد عن كلٍّ منها، وفيما يلي بيانٌ للعلاقة القائمة بين العقد وسائر هذه المصطلحات:

1_ الفرق بين العقد والالتزام:

الالتزام لغةً: مصدر التزم، والمراد به شغل الذمّة شيء.[1] أمّا **في الاصطلاح** فالالتزام هو:" كلُّ تصرُّف يتضمّن إنشاء حقّ أو نقله أو تعديله أو إنهائه، سواءٌ أكان صادرا من شخص أو من شخصين".[2]

والالتزام بهذا المعنى يكون مرادفاً لكلمة العقد بالمعنى العام لهذا الأخير، ويكون أعم من كلمة العقد بالمعنى الخاص للكلمة على أساس أنّ العقد يُشْتَرَطُ فيه اجتماع إرادتين على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

2_ الفرق بين التصرّف والعقد:

التصرّف لغة: مصدر تصرف في الأمر، أي: عالجه.[3] أمّا في **الاصطلاح** فهو: "هو ما يصدر عن الشّخص بإرادته ويرتّب عليه الشّرع أحكاماً مختلفة"[4]. وهذا يشمل جميع أنواع التصرّفات الفعليّة والقوليّة.

ومن هذا التعريف يتّضح أنّ التصرّف يشمل العقد، فهو أعمُّ منه، لأنّه يتناول ما كان بإرادتين وما كان بإرادة واحدةٍ، كما يتناول ما كان مُنشِأً للحقّ أو مُنْهِيًا له، وبذلك يمكن القول أنّ العقد نوعٌ من أنواع التصرّف فكلُّ عقد تصرّفٌ، وليس كلُّ تصرُّف عقد.

---

[1] انظر: أبو بكر الرازي، مختر الصحاح، المرجع السابق، ج1، ص282. وانظر: أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج2، ص552.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص2917.

[3] محمد رواس قلعجي–حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ج1، ص132.

[4] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج12، ص71.

3_ العلاقة بين العقد والتصرّف والالتزام:

بناءً على التعريفات السابقة لكلٍّ من العقد والتصرّف والالتزام، يتبيّن لنا ما يلي:

أ_ الالتزام نوع من أنواع التصرّف الاختياري، فهو أخصُّ من مُطْلَق التصرُّف، لهذا كلُّ التزامٍ تصرُّف وليس كلُّ تصرّف التزام.

ب_ العقد بمعناه الخاص نوع من أنواع التصرّف.

جـ_ العقد بمدلوله العام مرادف للالتزام.[1]

إذا فالعلاقة بين العقد والتصرّف والالتزام علاقة عموم وخصوص مطلق: إذ أنّ كل من العقد بمعناه الخاص والالتزام يدخلان في عموم التصرّف.

الفرع الثاني: أركان العقد وشروطه.

للعقد مجموعة من الأركان والشروط، تشترك لتشكيله ونشأته وثباته، وتفصيل الكلام في أركانه وشرائطه كالآتي:

أوّلا_ أركان العقد في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف الفقهاء[2] في تحديد الركن على قولين، فذهب الحنفيّة[3] إلى أنّ لكلّ عقد من العقود ركنٌ واحدٌ فقط هو: **الصيغة**، والتي هي عبارةٌ عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما، وما عدا ذلك من العاقدين والمعقود عليه، فهي لوازم ومقوّمات[4] العقد الأساسيّة، إذ وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين ضرورةً، كما يستلزم وجود محل يظهر فيه الارتباط بين المتعاقدين.

---

[1] انظر: حنان جستنييه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة أم القرى 1418هـ_1998م، ج1، ص54.

[2] **الأركان**: جمع ركن وهو في اللغة: جانب الشيء القويّ، أنظر: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللّغة، المرجع السابق، ج2، ص799، وفي الاصطلاح الشرعي هو: ما يتوقّف عليه وجوده لكونه جزءاً من ماهيته. أنظر: الفقه الإسلامي وأدلّته، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج1، ص722.

[3] انظر: الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج5، ص133.

[4] **قِوَام الشيء**: بالفتح والكسر، أي عماده الذي يقوم عليه وينتظم. أنظر: أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج2، ص520.

والقول الثّاني ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وهو أنّ لكلّ عقد من العقود ثلاثة أركان هي:

1_ الصيغة: وهي عبارةٌ عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما.

2_ العاقدان أو _طرفا العقد_ كالبائع والمشتري في عقد البيع.

3_ المعقود عليه أو _محلّ العقد_ كالمبيع والثّمن في عقد البيع.

وسبب الخلاف بين الحنفيّة وجمهور الفقهاء هو اختلافهم في تعريف الرّكن اصطلاحاً، فالرّكن عند الجمهور أوسع منه عند الحنفيّة، وهو خلاف في الاصطلاح لا تأثير له على النتيجة، لأنّ جميع الفقهاء متفقون على أنّ أيّ عقد من العقود لا يُتصوَّر وجوده دون وجود أحد هذه الأمور الثلاثة (**الصيغة _ العاقد _ المعقود عليه**).

أ_ الصيغة:

الصيغة هي أصل العقد، والسّبب المباشر الذي يُنْشئُ العقد إذ أنّ الألفاظ أو ما يقوم مقامها هي التي تُظهر إرادة العاقد ورغبتَه في إنشاء العقد، ومن ثمّة يترتّب على تلك الايرادات والمقاصد أحكاماً بواسطةِ هذه الألفاظ[1].

والصيغة في **اللّغة**: من صَوَغَ، وهو تهيئة الشيءَ على مِثَالٍ مُسْتَقِيمٍ.[2]

وفي **الاصطلاح** هي:" مَا يَتِمُّ بِهَا إِظْهَارُ إِرَادَةِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ لَفْظٍ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ"[3]، فهي تصدر عن العاقد وتعبّر عن إرادته في إنشاء العقد وتدلّ على رضاه، ويعبّر عنها الفقهاء بما يسمّى بالإيجاب والقبول، إذْ أنّ مختلف الألفاظ والعبارات التي يتلفّظ بها المتعاقدان هي الأصل في التعبير عمَّا يريدانه من جرّاء هذا التعاقد، وقد يقوم مقامهما الكتابة والإشارة،

---

[1] انظر: ابن القيم الجوزيّة اعلام الموقعين، المرجع السابق، ج3، ص86.

[2] الفيروزآبادى، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج1، 786.

[3] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج1، ص255.

والرّسالة، والمعاطاة،[1] وأيَّ فعلٍ لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على الرّضا، مع التَنَبُّهِ إلى أنّ الفقهاء قد اختلفوا في حكم انعقاد بعض العقود بهذه الوسائل، وللصِّيغة مجموعةٌ من الشُّروط وهي كالآتي:

_ **موافقة الإيجاب للقبول**: وذلك بأن يَقْبَلَ القابل ما أَوْجَبَه الموجِبُ، ويُعتبر القبول موافقًا للإيجاب ومُلتقياً معه في المقصود منه إذا كان مطابقاً له في كلّ جزءٍ من أجزائه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لم ينعقد العقد فالإيجاب والقبول يدلّان على توافق الإرادتين لذا لابدّ أن يوافق الإيجاب القبول لأجل أن يكون العقد من مجموعهما، فإن صدر القبول مخالفاً للإيجاب كأن ورد الإيجاب بوصف معيّن والقبول مقيًّدا بوصف آخر مختلف عنه، لا ينعقد العقد.[2]

_ **اتصال القبول بالإيجاب وصدورهما في مجلسٍ واحد**: ويقصد بهذا الشّرط أن يصدُر القبول متَّصلاً بالإيجاب في مجلس واحد، أمّا إذا صدر الإيجاب في مجلس وصدر القبول في مجلس آخر، فإنّ العقد لا ينعقد لعدم اتحاد المجلس، فلا بد من صدور كل من الإيجاب والقبول في نفس المجلس[3]، لأنّ الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد إلّا إذا التحق به قبول، فإذا اختلف المجلس لم ينعقد العقد لعدم التحاق القبول بالإيجاب، ويُستثنى من هذا الشّرط بعض العقود التي تقتضي عدم اتحاد المجلس كعقد الوصيّة وعقد الوكالة وعقد الهبة كذلك بعض العقود المستجدّة كالعقد الإلكتروني.

_ **بقاء الإيجاب قائماً حتّى يصدر القبول**: فقد ذهب جمهور الفقهاء[4] من الحنفيّة، الشّافعيّة،

---

[1] **المعاطاة**: هي التعاقد بالمبادلة الفعليّة الدالّة على التراضي دون تلفُّظٍ بالإيجاب والقبول، وتسمّى بالمعاطاة والتعاطي. انظر: مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص36.

[2] انظر: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ_1994م، ج2، ص331.

[3] انظر: علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ج1، ص154.

[4] انظر: كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج6، ص253.

الحنابلة، إلى أنّ للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل القبول، وذهب المالكيّة إلى أنّ الموجب إذا رجع عن إيجابه قبل أن يجيبه الأخر لم يُفِدْهُ رجوعه فيمضي العقد.[1]

ب_ محلّ العقد:

والمقصود بمحلّ العقد: المعقودُ عليه، وهو: ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره، وقد يكون عينًا كما قد يكون منفعةً.

ولمحلِّ العقد في الفقه الإسلامي شروطاً لابدّ من توافرها ويمكن إجمالها فيما يلي:

_ **أن يكون محلُّ العقد قابلاً للتعاقد شرعاً:** أي لا يكون التصرّف فيه مخالفاً للشّرع[2]، ومحلّ العقد هو المعقود عليه، ويشترط فيه كي يكون قابلاً للتعاقد شرعا وتترتّب عليها آثارها الشّرعيّة، ألّا يكون الشّارع قد نهى عنها، فإن كان قد نهى المشرّع عليها فلا تكون قابلةً للتعاقد ولا يترتّب عليها أيُّ أثَرٍ.

_ **أن يكون محلّ العقد موجودا عند التعاقد:** وهذا شرط خاص بمحلّ العقد، فلا يجوز العقد على المبهم الذي لا يكون متوفّرا أثناء التعاقد أو يكون غير معيّن وغيرَ قابلاً للتعيين، وهذا الشرط محلّ خلاف بين الفقهاء.

حيث يرى الحنفيّة والشّافعيّة أنّ محلّ العقد يجب أن يكون موجودا عند التعاقد على الصفة التي تمّ عليها التعاقد، سواءٌ كان التصرّف من عقود المعاوضات أم من عقود التبرّعات.[3] أمّا المالكيّة فيرون بوجوب تحقّق هذا الشّرط في المعاوضات الماليّة فقط، ولا يرون بوجوب تحقّقه في عقود التبرُّعات، فيكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل[4].

ولم يشترط الحنابلة أن يكون محلّ العقد موجودا عند التعاقد، واكتفوا بمنع الغرر المنهي عنه

---

[1] محمد بن محمد بن عرفة، المختصر الفقهي، تحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ_2014 م، ج5، ص86.

[2] مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، المادّة (361)، ج1، ص 81.

[3] علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج5، ص138.

[4] ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهيّة، المرجع السابق، ج1، ص163.

وأجازوا ما عدا ذلك،[1] ومثّلو لذلك ببيع الطير في السماء، أو بيع السمك في الماء، ويدخل تحت ذلك التأمين على الحياة.

_ **القدرة على تسليم محلّ العقد:** فقد اتفق الفقهاء على أنّ القدرة على تسليم محلّ العقد وقتَ ابرام العقد شرطٌ لانعقاده، لأنّ العقد لا يمضي إلّا لفائدةٍ ولا تتحقّق هذه الفائدةُ إذا لم يتمكّن العاقد من تسليم المعقود عليه حال العقد.

واستثنى الإمام مالك رحمه الله، من عموم هذا الشّرط عقود التبرُّعات، فأجاز فيها أن يكون محلّ العقد غير مقْدُورٍ على تسليمه.[2]

_ **العلم بمحلّ العقد:** فيجب أن يكون مَحَلُّ العقد معيَّناً ومعلوما وقت التعاقد وإلّا كان العقد باطلاً، وتعيين المحلّ يكون بالعلم به علماً يمنع الجهالةَ الفاحشة التي تُفضِي إلى الجهالة، وهذا ما قرّره الفقهاء في خصوص عقود المعاوضات الماليّة المحضة، أمَّا تحقّق هذا الشّرط في غيرها من العقود فمحلُّ خلاف بين الفقهاء وخلاصة القول فيه كما يلي:

ذهب **الحنفيّة**: إلى وجوب تحقّق هذا الشّرط في المعاوضات الماليّة وغير الماليّة، أمّا عقود التبرّعات فيجوز فيها جهالة المحل عند إبرامها.[3]

أمَّا **المالكيّة** فلم يضعوا مثل هذا الشّرط في عقود المعاوضات سواءٌ الماليّة منها أو غير الماليّة، كما لم يشرطوا العلم بمحلّ العقد في عقود التبرُّعات.[4]

وقال **الشّافعيّة** بأنّه لابدّ من تحقّق هذا الشّرط في عقود المعاوضات الماليّة، وفي عقود المعاوضات غير الماليّة.[5]

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص174.

[2] ابن جزي الكلبي، المرجع السابق، ج1، ص164.

[3] علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ج6، ص3.

[4] انظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج3، ص56.

[5] أبو اسحاق إبراهيم بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د: ط، د: ت، ج2، ص15.

وفصّل **الحنابلة** في ذلك فاشترطوا العلم بمحلّ العقد في عقود التمليكات المحضة وعقود التوثيقات، والتبرّعات اللّازمة بالعقد أو بالقبض، وأمّا عقود المعاوضات غير المتمحّضة فلا يُشترط فيها العلم بمحلّ العقد وكذلك عقود التبرّعات والأمانات المحضة فَتَصحُّ على المبهم.[1]

جـ_ العاقدان.

فالعقد يتطلّب لوجوده ونفاذه وترتيب أثاره الشّرعيّة أن يكون العاقد ذا أهليّة أداء وذا ولاية على العقد، جاء في مجلّة الأحكام العدليّة المادّة رقم (361) أنّه:" يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من أهله، أي العاقل المميّز وإضافته إلى محلٍّ قابل لحكمه".[2]

وعلى هذا فليس كلّ إنسانٍ قادرٌ على ابرام العقود ومردّ ذلك كلّه إلى أهليّة الإنسان الذي يصدر منه التصرّف أو عدم أهليته وكذا ولاية الانسان عن غيره أو عدمها، ولهذا يجب الكلام عن كلّ من الأهليّة والولاية بإيجاز كما يلي:

_ **الأهليّة**: هي الصلاحيّة للشّيء،[3] وتنقسم إلى قسمين:

أهلية وجوب وهي: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له"[4]، ومناطها الحياة فتثبت لكلّ إنسان حيّ وتستمرُّ له ما دام حيّا وتزول بموته، وتنقسم بدورها إلى قسمين: **أهليّة وجوب ناقصة**: وهي صلاحيّة الشّخص لثبوت الحقّ له فقط، كثبوت الحقوق للجنين وهو في بطن أمّه. و**أهليّة وجوب كاملة**: هي صلاحيّة الشّخص لثبوت الحقوق له وترتب الالتزامات عليه، كثبوت الميراث له، أو ترتب حقوق الدائنين عليه بعد موته.

أهلية أداء وهي: صلاحيّة الإنسان لصدور الأقوال والأفعال منه على الوجه المعْتَبَرِ شرعاً.[5] وهي مرتبطة بأهليّة الوجوب فلا تثبت للإنسان إلّا بعد ثبوت أهليّة الوجوب له، وتنقسم

---

[1] انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص3027.

[2] مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص71.

[3] الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ج1، ص40.

[4] عياض بن نامي بن عوض السلمي، أصُولُ الِفقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المرجع السابق، ج1، ص79.

[5]. عياض بن نامي المرجع نفسه، ج1، ص79.

بدورها إلى قسمين: **أهليّة أداء ناقصة**: هي صلاحيّة الشّخص لصدور بعض التصرّفات منه دون بعض أخر، وتثبت للصبي المميِّز، **وأهليّة أداء كاملة**: وهي صلاحيّة الشّخص لصدور التصرّفات منه على الوجه المعتبر شرعاً، وتثبت للبالغ الرّشيد، ومناط هذه الأهليّة ثبوت العقل والتمييز.

وقد تصيب أهليّة الأداء مجموعةٌ من العوارض التي قد تزيلها تماماً، كالنّوم والجنون والإغماء، ومنها ما ينالها بالنّقص، كالعته والرِّق، وهناك عوارض أخرى لا تزيلها ولا تنقصها، وإنّما تقوم بتغيير بعض الأحكام تبعا لما أصابها من خلَلٍ، والدَّين والسُّكر.

_ **الولاية** وتعني في **اللّغة**: التَّدْبير والقُدرة والفِعل وَهِيَ بِمَعْنَى النُّصْرة،[1] **واصطلاحا**: وهي أن يكون للعاقد سلطةٌ شرعيّة لإنشاء العقود والتصرّفات من غير إجازة أحدٍ حتَّى تترتب عليها أثارها الشّرعيّة، بأن يكون أصيلاً عن نّفسه أو وليًّا عن غيره[2]، والولاية شرطٌ لنفاذ العقد وترتُّب الأثار الشّرعيّة عليه عند الحنفيّة والمالكيّة، أمّا عند الشّافعيّة والحنابلة فهي شرط انعقادٍ، وتنقسم الولايةُ إلى عدّة أقسام باعتبارات مختلفةٍ، فهي تنقسم مثلاً إلى ولايةٍ عامَّة وولايةٍ خاصّةٍ، وتنقسم كذلك إلى ولاية ذاتيّة وولايةٍ مكتسبةٍ، وإلى ولايةٍ قاصرة وولاية تامّة، كما تُقَسَّمُ إلى ولايةٍ على النّفس وولايةٍ على المال.

فمثلاً الولاية نيابةً عن الغير نوعان: **اختياريّة**: وهي الوكالة، **وإجباريّة**: كولاية الأب على ابنه القاصر، وهي تنقسم إلى قسمين: ولايةٌ عن النّفس، وولايةٌ على المال.

ثانيا_ شروط العقد في الفقه الإسلامي:

شروط العقد نوعان، عامّة وخاصّة:

1_ الشروط العامّة:

الشروط العامّة للعقد هي الشروط الواجب توفّرها في كلّ عقد من العقود، وهذه الشروط

[1] انظر: ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المرجع السابق، ج15، ص407.

[2] الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ج1، ص54.

منها ما يرجع إلى الصيغة، ومنها ما يرجع إلى محلّ العقد، ومنها ما يرجع إلى العاقد، وهي عموما كالآتي:

_ موافقة الإيجاب للقبول.

_ اتصال القبول بالإيجاب في مجلس واحد.

_ بقاء الإيجاب قائما إلى أن يصدر القبول.

_ أن يكون محلُّ العقد قابلا للتعاقد شرعا.

_ أن يكون محلّ العقد موجودا عند التعاقد.

_ القدرة على تسليم محلّ العقد.

_ العلم بمحلّ العقد.

_ أهليّة العاقدين.

ولابد للعقد أن يستوفي شروط انعقاده الخاصّة إلى جانت هذه الشّروط العامّة، من أجل أن يمضي وتترتب عليه أثاره.

2_ الشروط الخاصّة:

وهي التي يُشْتَرَطُ وجودها في بعض العقود دون أخرى، حيث تكون خاصّةً بها دون سواها، كاشتراط التسليم في العقود العينيّة، وكعدم تعليق العقد على شرطٍ في عقود المعاوضات والتمليكات.[1]

ثالثًا: أركان العقد وشروطه في القانون المدني الجزائري.

عند استقراء جملة النصوص الموضوعة في مجال أركان العقد وشروطه في التقنين الجزائري،[2] نجد أنّ هذا الأخير قد أخلط بين مفهومي الشّرط والرّكن، فوضع عنواناً سمّاه: "شروط العقد"، وأدرج تحته كل من الأركان والشّروط، حيث جاء في القسم الثاني من الفصل الثاني للباب

[1] انظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، 3077.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الأوّل من الكتاب الثاني للقانون المدني الجزائري أنّ شروط العقد ثلاثةٌ، هي الرضا والمحل والسّبب، وإلى جانب هذه الأركان الثلاثة قد يتطلّب القانون وضعاً معيَّناً لانعقاد العقد شكلا كان أو تسليماً.

1_ الرّضا:

فالعقد يقوم على الإرادة، والإرادة هي تراضي الطرفين على إحداث أثر قانوني معيّن، وللرضا مجموعة من الأحكام كما يأتي:

_ يتمّ العقد بمجرّد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما، كما جاء في نصّ المادّة (59) من القانون المدني، التي نصّت على ما يلي:" يتمّ العقد بمجرّد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنّصوص القانونيّة".[1]

_ التعبير عن الإرادة يكون باللّفظ والكتابة والإشارة الدالّة القويّة، وهذا ما نصّت عليه المادّة (60) من القانون المدني الفقرة الأولى، حيث جاء فيها أنّ:" التعبير عن الارادة يكون باللّفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عُرفاً كما يكون باتخاذ موقفٍ لا يدع أيّ شك في دلالته على مقصود صاحبه".[2]

_ تشترط الفوريّة في العقود، وهذا الشّرط متضمّن في نصّ المادّة (64) من القانون المدني الجزائري.[3]

_ كلّ شخصٍ أهلٌ للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارضٌ يجعله ناقص الأهليّة أو فاقدها، وهذا ما نصّت عليه المادّة (78) من القانون المدني الجزائري.[4]

فالرّضا هو أساس العقد والعامل الفاعل في إنشاءه ووجوده، حيث يقول النبي صلّى الله

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] المرجع نفسه.

[3] المرجع نفسه.

[4] المرجع نفسه.

عليه وسلّم:" **لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسِهِ**"[1]، ولكن هذا الرّضا لما كان أمراً باطناً لا يمكن لأحد الاطلاع عليه غير صاحبه، وهو دائما في حاجة إلى ما يُظهره ويُفصح عنه، ومن أجل ذلك جعل الفقه القانوني مجموعةً من الأمور التي تعبّر عن الرّضا وتكون قرينةً على توجّه إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد، ويستوي في التعبير عن الإرادة أن يكون باللّفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الدّالة القويّة.

2_ المحلّ:

ويُقصد به مجموع التصرّفات والالتزامات المتولّدة عن التعاقد، أو هو مجموع القواعد القانونيّة النّاجمة عن التعاقد وفيه تظهر أحكام العقد وأثاره، وأحكامه كالآتي:

_ أن يكون موجودا أو مُمْكِنُ الوجود، ويقصد بالمحلّ الموجود في القانون أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحقُّ موجودا وقت نشوء التعاقد، أو أنّه سيوجد في المستقبل فيجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحقّقاً، كما نصّت المادّة (92) فقرة أولى من القانون المدني على أنّه:" يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلا ومحقّقاً"[2]، أمّا ما يقصد بكون المحلّ ممكناً، فهو أن يكون تحقّقه ممكناً، فإذا استحال تحقّقه على النّاس كافّةً، وقع العقد باطلاً.

_ إذا لم يكن محلّ الالتزام معيَّنا بذاته، وجب أن يكون معيّنا بنوعه ومقداره وإلّا كان باطلا، فالقانون يشترط في محلّ الالتزام أن يكون محدّداً تحديداً نافياً للجهالة أو على الأقلّ يكون قابلاً للتعيين، وإلّا وقع العقد باطلاً، ويختلف تعيين محلّ الالتزام أو قابليّته للتعيين باختلاف المعقود عليه، فإن كان قيميًّا، فإنّ تعيينه يكون بذكر أوصافه التي تميّزه عن غيره، وإن كان مثليًّا، فتعيينه يكون بذكر جنسه ونوعه ومقداره ودرجة جودته.

3_ السبب: يشترط القانون في محلّ الالتزام أن يكون قابلا للتعامل فيه، فإن لم يكن قابلاً

---

[1] أبو الحسن علي الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حققه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ -2004 م، ج3، ص424.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

للتعامل فيه وقع العقد باطلاً، فالعقد يكون موجودا إذا كان سببه مشروع، ولا وجود له إذا كان القانون قد نهى عنه، لذلك اشْتُرِطَ فيه أن يكون مشروعا، كما جاء في نصّ المادّة (97) من القانون المدني الجزائري، وكذلك نصّت المادة (98) على أنّ:"كلّ التزام مفترض أنّ له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صوريّة السبب فعلى من يدّعي أنّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدّعيه".[1]

بالمقارنة بين أركان العقد وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، نجد أنّ القانون المدني لم يفرّق بين الأركان والشروط، وقد وافق القانون المدني الفقه الإسلامي في اعتبار السّبب شرطا من شروط العقد، لكنّه قد خالف الفقه الاسلامي في (الرّضا والمحل)، حيث نجد أن الفقهاء عدا الحنفيّة قد اعتبروهما أركانا للعقد وليست شروطاً له، لذلك فتقسيم الفقهاء وتفريقهم بين الأركان والعقود أكثر دقّةً وصحّةً ممّا دأب عليه المقنن الجزائري.

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

المطلب الثاني: أقسام العقد.

تختلف العقود بعضها عن بعضٍ وتنقسم باعتبارات عديدة، وذلك تَبعا لمقاصدها وما يعتريها من أحكامٍ، فهي تصنّف باعتبارات عديدة ومختلفةٍ، كما قد يوصف العقد الواحد بأكثر من وصف ويدخلُ تحت عدّة أقسام إذا ما تضاربت فيه الاعتبارات وتعدّدت، ومن هذا المنطلق نجد العلماء قد قسَّموا العقود وصنَّفوها بتصانيف مختلفة، وذلك من أجل أن تسهل دراستها ولتبيين الفروق والأشباه بينها، وتقسيمها يكون إلى فرعين:

الفرع الأوّل: تقسيم العقود باعتبار الوصف والتسميّة.

الفرع الثاني: تقسيم العقود باعتبار الأثر والمقصد.

الفرع الأوّل: تقسيم العقود باعتبار الوصف والتسميّة.

العقد ينقسم بهذا الاعتبار إلى أربعةِ أقسام، فينظر إليه من جهة الصحّة وعدمها، ومن جهة اللّزوم وعدمه، ومن جهة تسميته من عدمها، وكذلك من جهة المقصد.

أوّلا: تقسيم العقود بالنّظر إلى التسميّة وعدمها.

بناءً على هذا التقديم تنقسم العقود إلى قسمين:

1_ عقود مسمّاة: وهي التي أقرّ لها الشَّارع اسماً يدلُّ على موضوعها الخاص[1]، كما شرّع لها أحكاماً أصليّةً تترتّب على انعقادها، كالبيع والإجارة، والمزارعة والشَّركة والعارية والوديعة والقرض، والكفالة والرّهن والصُّلح...الخ.[2]

ويُقصد بالعقد المسمَّى في القانون ما خصّصه القانون باسم معيَّنٍ وتولَّى تنظيمه لشيوعه

[1] انظر: غنيّة كرّي، نظريّة الالتزام، المرجع السابق، ص19.

[2] انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام للزرقا، المرجع السابق، ص632.

بين النَّاس في تعاملهم[1]، والعقود المسمّاة في القانون المدني الجزائري إمّا أن تقع على الملكيّة، وهي البيع والمقايضة والهبة، والشّركة والقرض والصُّلح، وإمَّا أن تقعَ على المنفعة، وهي الإيجار وعارية الاستعمال، وإمَّا أن تقع على العمل وهي: المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحِراسة، بالإضافة إلى عقود الغرر: كالرِّهان وعقدُ التأمين، ثمّ عقود التأمينات الشّخصيّة والعينيّة: وهي الكفالة والرّهن الرسمي والحيازة.

2_ عقود غير مسمّاة: وهي التي لم يُصْطَلَحْ على اسمٍ خاصٍّ لموضوعها، ولم يُرتِّب الشَّرع أحكاماً تخصُّها، فهي كثيرةٌ لا تنحصر لأنَّها تتنوّع بحسب تطوُّر العلاقة الاجتماعيّة وحاجة العاقد والموضوع المتَّفق عليه[2].

والعقد غير المسمّى في القانون هو ما لم يخصّه القانون باسم معيّن ولم يتولّى تنظيمه، بحيث يخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامّة التي تقرّرت لجميع العقود شأنه في ذلك شأن العقد المسمّى.

وقد اختلفت أقوال العلماء في مسألة إمكانية إيجاد عقود جديدة غير مسمّاة شرعاً على مذهبين[3]: **أ_ مذهب الجمهور**: الذين أباحوا كلّ عقد لكن في نطاق الأدلّة الشّرعيّة المعروفة كالقياس أو العرف أو المصالح المرسلة.

ب_ مذهب الحنابلة: والذين يوسّعون في مجال إيجاد عقودٍ جديدة، فيبيحون كلَّ عقد ما لم يرد في الشّرع دليل يمنعه.

وتظهر ثمرة الخلاف في أنّ مذهب الجمهور لا يجيز من العقود إلّا ما تتحقّق به المصالح

[1] انظر: الوسيط لعبد الرزّاق السنهوري، المرجع السابق، ص130.

[2] انظر: غنيّة كرّي، المرجع السابق، ص20.

[3] سامي عدنان العجوري، نظريّة العقد لدى الزرقا، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزّة، فلسطين، 1434هـ_2013م، ص 91 – 92.

الجماعيّة، ولا يُقِرُّ من العقود ما تتحقّق به المصالح الفرديّة فقط، أمّا الحنابلة فلا فرق عندهم بين المصالح الفرديّة والمصالح الجماعيّة في إنشاء العقود الجديدة.

ثانيا: تقسيم العقود بالنّظر إلى الصحّة وعدمها.

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين:

1_ العقد الصحيح: وهو العقد الذي يترتّب عليه آثره دون توقف على أي أمر آخر، وقد اتفق العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة[1]، على أنّ العقد الصحيح هو ما وافق الشّرع باكتمال أركانه وشروطه وانتفاء موانعه وترتب جميع آثاره المطلوبة منه[2].

وبالرّغم من موافقة الحنفيّة للجمهور في تعريف العقد الصحيح كما هو مبيَّنٌ فيما سبق، إلّا أنّ الحنفيّة عرّفوا العقد الصحيح بتعريفٍ خاصٍ، حيث أضافوا قيدا للعقد الصحيح لجعله في مقابل العقد الباطل والفاسد، وذلك راجعٌ لاختلاف مذهبهم على مذهب الجمهور في التفرقة بين الفاسد والباطل[3].

وبناء على ذلك عرّف الحنفيّة العقد الصحيح بأنّه:" ما كان مشروعا بأصله ووصفه"[4]، فأصل العقد هي أركانه وشروطه، والمراد بوصفه مجموع الأمور الخارجيّة التي قد تتصل به فيكون بسببها منهيّا عنه كدخول الربا عليه أو لحوق الغرر به.

ويثبت أثر العقد الصحيح المترتب عليه مما أباحه الشارع بالعقد، والمدلول العام للعقد

---

[1] انظر: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه، تيسير التحرير، دار مصطفى البابي الحْلَبِي، مصر، د: ط، 1351هـ-1932م، ج3، ص17. وانظر: عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج4، ص108. وانظر: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413هـ -1993م، ج1، ص 259.

[2] انظر: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، د: ط، د: ت، ج1، ص174.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص 2434.

[4] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، د: ت، ج6، ص76.

الصحيح هو إفادته لحكمه المقصود منه[1]، ولذلك ينقسم العقد الصحيح إلى قسمين:

أ_ **العقد النافذ**: وهو ما صدر من أهله مضافا إلى محلّه مستوفيا لشروطه وترتبت عليه آثاره في الحال دون توقُّف على إجازة أحدٍ.[2]

ب_ **العقد الموقوف**: وهو ما تعلّق به حق الغير، ويكون إمّا ملكاً للغير أو حقٌّ بالبيع لغير المالك، وفي مسألة اعتبار هذا العقد من أقسام الصحيح، اختلف الفقهاء على قولين فذهب الشافعيّة والحنابلة إلى عدم اعتباره من أقسام الصحيح، بينما ذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى اعتبار هذا القسم من أنواع العقد الصحيح، ولذلك تمّ تعريفه بأنّه مشروع بأصله ووصفه فعرّف بأنّه:" العقد المشروع بأصله ووصفه الذي تتوقّف إفادة الحكم فيه على الإجازة ممّن يملكها شرعاً".[3] فهذا العقد لا يترتّب عليه أثره قبل الإجازة ممّن يملكها شرعاً عند القائلين به[4]، فالحكم فيه يتراخى إلى حين صدورها فإن أجيز نفذَ وإن لم يُجَزْ بطل.

2_ **العقد غير الصحيح**: وهو العقد الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه أو ورد في الشّرع نَهيٌ عنه، أو جاء مخالفاً لنظامه الشّرعيّ عن قصد أو بدون قصد، فلا يصلح لترتيب الأثار الشرعيّة عليه[5].

والعقود غير الصحيحة عند الجمهور قسمٌ واحدٌ يوصف بالبطلان والفساد، فكلُّ مُقابلٍ للعقد الصحيح هو عقد باطل غير منعقدٍ، سواءٌ كان الخلل في أركانه أو كان الخلل في أوصافه الملازمة له، فهو في حكم المعدوم في نظر الشَّرع.

---

[1] أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1414هـ -1994م، ج3، ص386.

[2] انظر: مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص30، (المادّة: 113).

[3] حنان جستينيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج1، ص168.

[4] اختلف العلماء في العقد الموقوف، فقال به الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة في القديم ورواية عن الإمام أحمد، أمّا الشافعيّة في الجديد والرواية الثانية عند الحنابلة وهي المذهب فالعقد الموقوف والباطل والفاسد سواء، أنظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج9، ص 237_238.

[5] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، الطبعة: الثامنة، د: ت، ج1، ص126.

أمّا الحنفيّة فقد فرّقوا بين العقد الباطل والفاسد، فالباطل عندهم هو: "ما شُرع بأصله دون وصفه، وهو منعقدٌ ويجب فسخه شرعاً".[1]

والظاهر أنّ الخلاف بين الجمهور والحنفيّة راجعٌ في الأصل إلى اختلافهم في أثر المنهي عنه إن كان يقتضي عدم وجوده شرعاً، فجمهور الفقهاء يرون بأنّ الشّارع إذا نهى عن عقدٍ من العقود فهذا النهي يقتضي عدم وجود العقد شرعًا، سواءٌ كان هذا النّهي متعلّقًا بأصل العقد، أو كان راجعاً إلى وصف ملازم له.

بينما فقهاء الحنفيّة يفصّلون في هذا النوع من العقود، فيتفقون مع الجمهور في مسألة بطلان العقد وعدم إمضاءه إن كان النّهي راجعٌ إلى أصل العقد، أمّا إن كان النّهي عائدٌ إلى وصفٍ ملازم، فهم يرون بأنّ الوصف هو فقط ما يكون باطلاً ولا يتعدّى البطلان إلى أصل العقد، فينعقد هذا العقد ولكنّه يوصف بوصفٍ آخر وهو أنّه: "عقد فاسد" ويجب فسخه.[2]

فالعقد الفاسد عندهم هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه، ويُقصد بأصل المشروعيّة في العقد الفاسد سلامة أركانه ومَحَلِّهِ من الخلل، فالعقد موجودٌ شرعاً إلّا أنّه نظرا لما يترتّب على تنفيذه من التنازع بين العاقدين، نهى عنه الشّارع، ومن ثمّ أوجب على العاقدين عدم تنفيذه بل فسخه، وعلى ذلك اختلف العقد الفاسد عن الباطل، فقد سبق أنّ العقد الباطلَ عقد منعدِمٌ وغير موجودٍ شرعاً، ومن ثمَّة لم يترتب عليه أيّ أثر من آثار العقد الصّحيح.

ثالثا: تقسيم العقود باعتبار اللّزوم وعدمه[3].

والعقود بهذا الاعتبار تنقسم إلى أربعة أقسام:

---

[1] انظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج3، ص286.

[2] انظر: نايف محمّد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، د: ط، 1422هـ_2001م، ص24.

[3] **العقد اللّازم** هو كلّ عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبدا أو يقبله ولكن لا يملك أحدٌ من الطّرفين فَسْخَهُ أو إبطاله إلّا إذا حصل اتفاقٌ بينهما على ذلك. أنظر: بدران، الشريعة الإسلاميّة تاريخها ونظريّة الملكيّة والعقود، د: ط، د: ت، ص504.

1_ عقد لازمٌ بحقّ الطرفين ولا يقبل الإقالة، وهو عقد النكاح لا يقبل الإلغاء الاتفاقي، وإنّما يقبل الإنهاء بطرقٍ مشروعةٍ مخصوصةٍ كالتطليق والمخالعةِ، أو التفريق القضائي بالفسخ عند توفُّر أسبابه الشّرعيّة المعتبرة.

2_ عقود لازمةٌ بحقّ الطّرفين لكنّها تقبل الفسخ بإرادة الطرفين، كالبيع والإجارةِ، غير أنّه ليس لأحدٍ من العاقدين فسخها دون رضا الطرف الآخر أو دون وجود سَبَبٍ للفسخ.

3_ عقودٌ لازمةٌ بحقِّ أحد الطرفين فقط، كالرّهن والكفالة، فليس لأحدهما الفسخ إلّا برضا المرتَهِنِ والمكفول له، في حين لا يكونا لازمين في حقّ المرتهن والمكفول له، لأنّ العقد هنا إنّما شُرِع توثقةً لحقّهم.

4_ عقودٌ لازمةٌ أصلا بحقّ أيٍّ من الطرفين، وهذه العقود هي التي يَمْلِكُ كلٌّ من المتعاقدين فيها حقَّ الرُّجوع كالوديعة والوكالة وغيرهما، فلكلِّ واحدٍ من الطرفين الحقُّ في أن يفسخ العقد من غير توقُّف على رضا الطرف الآخر في الجملة.

رابعا: تصنيف العقود باعتبار الغاية والمقصد منها.

العقود ليست نوعا واحدا من ناحيّة آثارها أو من ناحيّة أغراضها، وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى خمسة أقسام:

1_ عقود التمليكات: وهي تلك العقود التي يكون المقصود منها التمليك، سواءٌ كان التمليك لأعيان المال أو لمنافعها، وهي نوعان:

أ_ عقود معاوضات، أي مبادلات[1] وهي التي تقوم على أساس تبادل الالتزامات وغايتها حصول التبادل بين المتعاقدين وتنقسم إلى قسمين:

_ عقود معاوضات محضة (ماليّة)، والمبادلة فيها تتمّ إمّا مالاً بمالٍ، أو منفعةً بمنفعةٍ.

_ عقود معاوضات غير محضة (غير ماليّة)، كالنّكاح مثلا، فهي لا تتعلّق بالمال.

[1] انظر ابن رجب، القواعد المرجع السابق، ج1، ص74.

ب_ عقود تبرّعات، وهي العقود التي يكون فيها التمليك من أحد الطرفين بلا مقابلٍ من الطرف الآخر، وغايتها المساعدة والمِنحة من أحد المتعاقدين للآخر، والتبرّع فيها إمّا أن يكون مطلقاً كالصّدقة، وإمّا تبرّع ابتداء دون انتهاء كالقرض مثلا[1].

2_ عقود الاسقاطات: ويُقْصَدُ بها ما يُسْقِطُ فيها المرء حقَّهُ في الشيء إسقاطا كاملاً أو إسقاطاً جزئيًّا، وهي نوعان[2]:

أ_ إسقاطٌ محضٌ: كالعفو عن القصاص من غير بدلٍ.

ب_ إسقاطٌ بعوضٍ: كالعفو عن القصاص نظير مالٍ.

3_ عقود الشركات (**الاشتراك**): وهي العقود التي يكون المقصود منها الاشتراك في نتائج العمل، وغاية هذه العقود الاشتراك في العمل أو الرّبح.

4_ **عقود الاطلاقات**: وهي التي يفوّض فيها شخص لأخر لكي يقوم بعمل، وغايتها إطلاق يد الغير للتصرّف في شيء كان ممنوعا على هذا الغير، كالإذن للمحجور عليه بالتصرُّف.

5_ عقود التقييدات: والغاية من هذه العقود منع الغير من التصرُّف في شيء كانت يده قد أطلِقت فيه.

6_ عقود التوثيقات: والغاية منها توثيق الديون التي تكون بين الأشخاص، بحيث تضمن للدّائن استيفاء دينه في أجله المحدّد.

7_ عقود الاستحفاظات: وهي تلك العقود التي تكون الغاية منها حفظ المال، سواءً كانت بغير أجر أو كانت بأجرٍ، مثل: الوديعة والحراسة.

---

[1] ابن رجب، المرجع السابق، ج1، ص233.

[2] انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا، المرجع السابق، ج1، ص644.

الفرع الثاني: تقسيم العقود باعتبار الأثر والتوقيت.

العقد ينقسم بهذا الاعتبار إلى أربعةِ أقسام، فينظر إليه من جهة الضمان، ومن جهة اللّزوم وعدمه، ومن جهة الفوريّة والتراخي، والرّابع من جهة النّفاذ.

أوّلا: تقسيم العقود بالنظر إلى النّفاذ أو عدمه:

وتنقسم العقود بهذا الاعتبار على قسمين:

1_ عقود نافذة: وهي العقود التي تصدر ممّن له أهليّةً تسمح له بإصدارها، مع كونها مضافةً إلى محلِّها متمّمة الأركان، وقد سَلَمَتْ أوصافها من الخلل وكان صدورُها ممّن له ولاية العقدِ.

2_ **عقود موقوفة:** وهي أيضاً عقودٌ صادرةٌ ممّن له أهليّةً لإصدارها، بحيث تكون مضافةً إلى محلّها مع سلامة أوصافها من أيِّ خللٍ، ولكن صدورها لم يكن ممّن له ولايةٌ العقد مثل: عقد الفضولي، والخلاف فيها كما ذكرنا سابقاً.

ثانياً: تقسيم العقود باعتبار الضّمان[1] وعدمه.

وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسامٍ:

1_ عقود ضمانٍ: وهي تشمل جميع العقود التي يكون المال المقبوض فيها مضمونا على قابضه، كالبيع والقرض ونحوهما.

2_ عقود أمانة: وهي تلك العقود الي يكون المال المقبوض فيها أمانةً في يد قابضه، فلا يضمن إذا تلف إلّا إذا تعدّى حدود سلطته أو قصّر في حقوقه.[2]

3_ عقود مزدوجة الأثر: فهي عقود ضمان وأمانةٍ، عقود ضمان من جهة وعقود أمانة من جهة أخرى كالإجارة مثلاً.[3]

---

[1] **الضمان:** هو إعطاء مَثَلِ الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات. أنظر مجلّة الأحكام العدليّة، المرجع السابق، ج1، ص80، المادّة رقم (416).

[2] انظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج6، 236.

[3] انظر: المدخل الفقهي للزرقا، المرجع السابق، ج1، ص614.

ثالثًا: تقسيم العقود باعتبار الفوريّة والتراخي.

تنقسم العقود باعتبار الفوريّة والتراخي إلى قسمين:

1_ عقود فوريّة: وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد وإنّما يتم تنفيذها فوراً ودفعةً واحدةً، وذلك باستيفاء كلّ عاقدٍ لما يستحقُّه.

2_ عقود متراخيّة مستمرّة: وهي التي يستمرّ تنفيذها مدّةً من الزمن، فيكون الزمن عنصُراً مهمًّا في تنفيذها، وكلّ عقد يستغرق زمنا معيّنا لتنفيذه.

رابعاً: تقسيم العقود باعتبار المُدّة والتوقيت.

وتنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين[1]:

1_ عقود مؤقّتة: وهي العقود التي تلعب المدّة فيها دورا أساسيا ومعتبراً، بل تصير المدّة أصلا في انعقادها وشرطا جوهريّا في أركانها كالإجارة والمساقاة.

2_ عقود غير مؤقتة (مطلقة): وهي التي لا تكون المدّة ركنا فيها كالبيع والنكاح والوقف، وهذا القسم لا يقبل التوقيت فمتى أقّت بطُل.

وأخيراً نخلص إلى أنّ العقود تختلف وتتنوّع وذلك حسب تعدّد الاعتبارات التي تنقسم إليها والتصنيفات التي تندرج تحتها، سواءٌ عند فقهاء الشريعة الاسلاميّة أو عند فقهاء القانون، حيث قد نجد العقد الواحد يندرج تحت عدّة تقسيمات، وفي هذا الفرع إنّما تطرّقنا إلى التقسيمات المهمّة التي تخدم موضوعنا وإلّا فالتقسيمات كثيرة وقد أفاض العلماء من ذكرها ومناقشتها وأسهبوا في تفصيل أحكامها.

[1] نايف محمّد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص21.

المبحث الثاني:

أثر التعسّف على الإرادة المُنشئة للعقد.

ممّا يثار في موضوع أثر التعسّف على العقود إجمالا، وعلى فسخها خصوصًا ما يتعلّق بالإرادة العقديّة، والتي يكون أساسها حريّة المتعاقدين في إنشاء العقد ونتائجه وحدود تلك الحريّة، والإرادة لها التأثير الأقوى في إيجاد مجموع الالتزامات التي تنشأ عن العقد سواءٌ عند فقهاء الشّريعة الاسلاميّة أو عند فقهاء القانون الوضعي، فكما أنّ إنشاء العقود في القانون يرجع للإرادة الحرّة، كذلك الأثار المترتبة على العقد تُنْشئها هذه الإرادة.[1]

ودراسة ذلك ستكون في مطلبين:

المطلب الأوّل: مبدأ سلطان الإرادة العقديّة.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقود وضوابطها.

[1] أبو زهرة، الملكيّة ونظريّة العقد، المرجع السابق، ص251.

المطلب الأوّل: مبدأ سلطان الإرادة العقديّة.

والمقصود بهذا المبدأ أنّه من أجل إنشاء التزام أو تعاقد، يكفي توافق إرادتين لانعقاده، وأنّ إرادة المتعاقدين هي التي تحدّد مدى الالتزامات التي يرتّبها العقد، فمعناه الذي يدور حوله هو مدى حريّة الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها[1]، فهو يخصّ حريّة الأفراد في إبرام العقود، وتضمينهم في هذه العقود ما يريدونه ويرغبون فيه من شروط وبنود، كما يعني أنّ إرادة المتعاقدين هي أساس الالتزام التعاقدي[2]، ومبدأ سلطان الإرادة العقديّة يتضمّن أربعة جوانب هي:

ـــ حريّة العاقد في أصل التعاقد مع غيره.

ـــ حريّة العاقد في إنشاء العقود والالتزامات بمجرّد التراضي دون تقييده بقيود شكليّة.

ـــ حريّة العاقد في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشّخصيّة مهما كان موضوعها.

ـــ حريّة العاقد في تحديد آثار العقد المسمّى وتعديل نتائجه الأصليّة بين الطّرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءون من شروط.

ودراسة ذلك تكون في فرعين:

الفرع الأوّل: الحريّة في إنشاء العقود.

الفرع الثاني: أثر الالتزامات على العقد.

---

[1] سلطان أنور، الموجز في مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعيّة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1417هـ_1998م، ص13.

[2] حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1415هـ_1996، ص9.

الفرع الأوّل: الحريّة في إنشاء العقود:

لقد وقع خلافٌ في مسألة حريّة إنشاء العقود الجديدة التي لم يرد بتحريمها دليلٌ شرعيٌّ، وهذا الخلاف دار بين الفقهاء الأربعة ومذهب الظاهريّة الذي يرى بتقييد حريّة التعاقد، وأنّ العقود لا تصحُّ إلّا ما نصّ عليه الشّرع، وتفصيل الخلاف كآلاتي:

القول الأوّل: والذي يرى أصحابه أنّ الأصل في العقود الجواز والصحّة وكذلك النّفاذ، ولا يمنع منها إلّا ما نصّ أو دلّ دليل شرعيّ معتبرٌ على تحريمه، من نصّ أو قياسٍ، فالأصل في جميع العقود حسب ما يرون حريّة العاقدين المطلقة فإذا وُجِدت جاز العقد ونفذ واعْتُبِرَ لازماً، وهذا ما ذهب إليه الحنفيّة[1] في مذهبهم، وهو أيضاً ما اختاره فقهاء المالكيّة[2]، والشّافعيّة[3]، وكذلك الحنابلة[4].

وقد استدلّوا لجواز العقود التي لم يرد دليلٌ على تحريمها بأدلّةٍ متنوّعة، اشتملت نصوصا من القرآن وأخرى من السنّة، كما دعّموا هذا الرأي بأدلّة من المعقول:

1_ من القرآن الكريم:

أ_ قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[5].

جاء في زهرة التفاسير:" هذه أول آية من السورة، وهي تأمر المؤمنين بأن يوفوا بالعهود التي أخذت عليهم بمقتضى الإيمان، وهي الطاعة لله تعالى ولرسوله، والقيام بالتكليفات الشرعية،

---

[1] السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1414هـ_1995م، ج3، ص92.

[2] انظر: الشّاطبي، الموافقات في أصول الشّريعة، شرح عبد الله درّاز، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج1، ص211.

[3] انظر: السيوطي، الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع الشّافعيّة، تحقيق: محمّد إسماعيل الشّافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1998م، ج1، ص320.

[4] ابن القيّم، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، المرجع السابق، ج3، ص300.

[5] المائدة الآية {1}.

فالعقد هو كل ما يلتزمه المؤمنون، سواء أكان في الأحكام التكليفية أم من العهود التي يلتزم بها العباد، وبذلك تشمل ما يعقده الإنسان مع غيره من عقود واجبة الوفاء، وما يتبادلان فيه الالتزام، كالبيع والإجارة، وغيرهما".[1]

ففي هذه الآية أمر من الله عزوجلّ للمؤمنين ومعنى الآية أوفوا بالعقود التي عاهدتموها، والعقود التي عاقدتموها وأوجدتم بها على أنفسكم حقوقا وألزمتم أنفسكم بها لله فروضا، فأتِمُّوهَا بالوفاء والكمال والإتمام، ولا تنكثوها فتنقضوها بعد توكيدها.

وأساس العقود الثابت في الإسلام هو هذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة " أوفوا بالعقود"، وهي تفيد انه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده وارتبط به وليس لأحد أن يقيد ما أطلقه الشارع إلّا بِبَيِّنة، فالتراضي من المتعاقدين شرط في صحة العقد.[2]

ب_ قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤ ﴾[3].

هذه الآية تعتبر قانوناً سامياً، ودستوراً دولياً تكتبه الأمم في معاهداتها، وينص عليه المشرعون والمقننون في كتبهم وقوانينهم[4]، فكل ما أمر الله به ونهى عنه فهو من العهد، ويدخل في ذلك ما بين العبد وربه وما بين العباد بعضهم لبعض والوفاء بالعهد هو القيام بحفظه على الوجه الشرعي والقانون المرضي، إلا إذا دلّ دليل خاص على جواز النقض[5].

فدخل في قوله: "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"، و"أوفوا بالعهد" كُلُّ عقد من العُقود كعقد البيع والشَّركة، وعقد اليمين والنَّذر، وعَقد الصُّلحِ، وعَقدِ النِّكَاحِ. وَحَاصِلُ الْقَوْلِ فِيهِ: أَنَّ مُقْتَضَى هَذِهِ الْآيَات

[1] أبو زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، د: ط، د: ت، ج4، ص2008.

[2] محمّد رشيد رضا، تفسير المنار، المرجع السابق، ج6، ص 99_100.

[3] الإسراء الآية {34}.

[4] محمد عبد اللطيف بن الخطيب، أوضح التفاسير، المطبعة المصرية ومكتبتها، الطبعة: السادسة، 1383 هـ -1964م، ج1، ص220.

[5] أبو الطيب محمد بن لطف الله الحسيني البخاري، فتحُ البيان في مقاصد القرآن، تقديم: عَبد الله بن إبراهيم الأنصَاري، المَكتبة العصريَّة للطبَاعة والنّشْر، صَيدَا، بَيروت، د: ط، 1412 هـ_1992 م، ج7، ص389.

أنَّ كلَّ عقد وعهد جَرَى بين إنسانيْن فَإِنَّه يجب عليهمَا الوفاءُ بِمقتَضَى ذلك العقد والعهد، إلَّا إذا دَلَّ دَلِيلٌ مُنْفَصل على أَنَّهُ لا يجب الوَفَاء به فمقتضاه الحكم بصحَّة كُلِّ بَيْع وقع التَّراضي به وَبِصِحَّة كلّ شركة وقع التَّراضي بها.

وَيُؤَكِّدُ هَذَا النَّصُّ بِسَائِرِ الْآيَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى الْوَفَاءِ بِالْعُهُودِ وَالْعُقُودِ كَقَوْلِهِ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ﴾.[1] وَقَوْلِهِ أيضاً في معرض مدحه تعالى لعباده المؤمنين: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ۝٨ ﴾.[2] وفي قَوْلِهِ تَعَالَىٰ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ .[3]

فَجَمِيع هذه الْآيَات وغيرها دالَّةٌ على أَنَّ الأَصْلَ في سائرَ العُهُود والعقُودِ الصِّحَّةُ ووجوب الالتِزَامِ، وإذا ثَبَت هذا فنقول: إن وجدنا نَصًّا أخصَّ من هذه النُّصُوص يَدُلُّ على البُطلَان والفَسَاد قَضينا به تَقْدِيمًا لِلخاصِّ على العَامِّ، وإلَّا قَضَينا بالصِّحَّة في الكُلِّ، وبهذا الطَّريق تَصِيرُ أَبواب المعاملات على طولِها وإطنابها مَضْبُوطَةً مَعلُومَةً بهذه الآيات، ويكونُ الْمُكَلَّفُ آمِنَ القَلب مُطمئِنَّ النَّفس فِي العمل، لأَنَّهُ لَمَّا دَلَّت هذه النُّصُوصُ على صِحَّتها فليس بعد بيان الله بيان، وتَصيرُ الشَّريعَةُ مَضبُوطَةً معلومةً.[4]

2_ من السنّة النبويّة:

أ_ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " **أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا، أَوْ من كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ، حَتَّى يَدَعَهَا: إِذَا حَدَّث كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ**

---

[1] البقرة الآية {177}.

[2] المؤمنون الآية {8}.

[3] النساء الآية {29}.

[4] أبو عبد الله الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1420هـ_2000م، ج20، ص337_338.

أَخْلَفَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ "[1].

بيّن الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أن من وجدت فيه أربع خصال كان منافقا خالصا، ومن وجد فيه بعضها كان لديه من النفاق بقدر ما وجد فيه، وتلك الخصال هي خيانة الأمانة، والكذب في الحديث، والغدر في المعاهدة، والفجور في المخاصمة وهي من الكبائر، ولا تصدر عن مؤمن مَلَأَ الإيمان قلبه.

فخيانة الأمانة ظلم لصاحبها ونزع للثقة من نفوس الناس بخائنها، وهي نوع من السرقة، والأمانة تشمل كل ما ائتمن عليه الإنسان من مال أو عرض أو حق بل تشمل الشرائع التي جعلها الله في يدنا أمانات نعلمها للناس، ونقوم على حفظها بالعمل، أما الكذب في الحديث فإنه أساس النفاق والقاضي على الأخلاق، وَخُلْفُ الوعود أو نقض العهود وعدم الإيفاء بالعقود والغدر بها باب من أبواب الكذب، وقد رتب الله عليه نفاق القلوب وخُلْفُ الوعد وعدم الوفاء به تضييع للثقة، وسرقة من وقت الموعود، وإخلال بنظام حياته وأعماله، وكل هذه يفقد بها الإنسان من مكاسب الحياة ربحا عظيما.[2]

ب ــ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: " **لِكُلِّ غَادِرٍ لِوَاءٌ يَوْمَ القِيَامَةِ، قَالَ أَحَدُهُمَا: يُنْصَبُ، وَقَالَ الآخَرُ: يُرَى يَوْمَ القِيَامَةِ، يُعْرَفُ بِهِ** "[3].

---

[1] أخرجه محمّد البخاري، المرجع السابق، كتاب: الإيمان، باب: علامة المنافق، ج1، ص16، كما أخرجه في كتاب المظالم، باب إذا خصم فجر، ج3، ص131. وأخرجه مسلم بلفظ آخر قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " **أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَلَّةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَلَّةٌ مِنْ نِفَاقٍ حَتَّى يَدَعَهَا: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ** "، مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ج1، ص78.

[2] محمد عبد العزيز بن علي الشاذلي، الأدب النبوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرّابعة، 1423هـ_2002م، ج1، ص17.

[3] أخرجه محمّد البخاري، المرجع السابق، كتاب الجزية، باب إثم الغادر للبرّ والفاجر، ج4، ص104، رقم: 3186.

والغدر في الأصل ترك الوفاء وهو شائع في أن يغتال الرجل من في عهده وأمنه وعقده، والمعنى أن الغادر ينصب وراءه لواء غدره يوم القيامة تشهيرا بالغدر وإخزاء وتفضيحا على رءوس الأشهاد، واستخفافا بذكره واستهانةً لأمره، أو لأنه لما كان أَمَارَةَ الوفاء وحسن العهد رَوَاءُ الوجه وبهاؤُه، ناسب أن تكون علامة الغدر ولواءه فيما هو كالمقابل له وعنده، ولم يكن له استحقاق ولا لأهل الحل والعقد، لأن نقض عهد لله ورسوله بتولي ما لا يستعده ومنعه عمن يستحقه، وعهود المسلمين وما عاقد النّاس عليه، بالخروج على إمامهم والتغلب على نفوسهم وأموالهم.[1]

جــ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: " **قَالَ اللَّهُ: ثَلاَثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ** "[2].

فلا شك أن الغدر من أكبر الصفات المذمومة، والمفاسد العظيمة، وليس من أخلاق المؤمن الغدر، بل عليه الوفاء بالعهد، وإمضاؤه، لأن في نقضه إخلالًا بنظام الحياة العامة، والقوانين الدستورية، ويفسد على المرء تدبيره لمصلحة نفسه، وغيره، وإضرارًا بمن عاهده، ثم نقض عهده.[3] والرّسول صلى الله عليه وسلّم قد أمر بالوفاء بالعهود والعقود كما أوحى له ربّه تعالى وترك الكلام عامّا، فلو قصد تضييق حرية المتعاقدين لنصّ على ذلك في هذا الحديث القدسي.

---

[1] شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي، الكاشف عن حقائق السنن، كتاب الإمارة والقضاء، باب ما على الولّاة من التيسير، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1417 هـ_1997 م، ج8، ص2591_2592.

[2] محمّد بن إسماعيل البخاري، نفس المرجع، كتاب البيوع، باب من باع حرًّا، ج3، ص82، رقم الحديث: 2227.

[3] زين الدين محمد بن زين العابدين، الإتحافات السنية بالأحاديث القدسية، شرح محمد منير بن عبده أغا النقلي الدمشقي، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وطالب عواد، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ص123.

د_ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**إِنِّي لَا أَخِيسُ بِالْعَهْدِ وَلَا أَخِيسُ الْبَرْدَ، وَلَكِنِ ارْجِعْ إِلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِكَ الَّذِي فِي قَلْبِكَ الْآنَ فَارْجِعْ**".[1]

فقوله لا أخيس بالعهد معناه لا أنقض العهد ولا أفسده من باب قولنا خاس الشيءُ في الوعاء إذا فسد، وفيه من الفقه أن العقد يرعى مع الكافر كما يرعى مع المسلم، وأن الكافر إذا عقد لك عقد أمان فقد وجب عليك أن تؤمنه وألا تغتاله في دم ولا مال ولا منفعة، وقوله لا أحبس البرد فقد يشبه أن يكون المعنى في ذلك أن الرسالة تقتضي جوابا والجواب لا يصل إلى المرسل إلاّ على لسان الرسول بعد انصرافه فصار كأنه عقد له العهد مدة مجيئه ورجوعه.[2]

فالآيات المعروضة وكذلك الأحاديث إنّما تدلّ دلالةً واضحةً بمنطوقها ومفهومها على وجوب الوفاء بالعهود والعقود، وفي ذلك إشارة بليغة إلى حريّة المكلّفين في إنشاء العقود ما لم يرد في الشّرع ما يمنعها.

3_ من المعقول:

قالوا بأنّ العقود ليست عبادات، لذلك فهي من الأمور العاديّة ومن الأشياء التي تبقى على أصل الحليّة، ولذلك فتحريمها بدون الاستناد إلى دليلٍ معتبرٍ شرعاً، إنّما يُعتبر تحريما لما أحلّه الله تعالى لعباده وهذا من المنكرات الشّرعيّة إذ يتوجّب استصحاب الأصل فيها وعدم المبالغة في التشديد على المسلمين وإلحاق الحرج بهم.

فالإرادة هي التي تنشئ العقد فقط، ولكنّ أحكام العقد وآثارها تكون من الشّارع وليس

---

[1] أبو عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم، باب ذكر أبي رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلّم، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د: ط، 1411هـ_1990م، ج3، ص691.

[2] أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، كتاب الجهاد، من باب يستجن بالإمام في العهد، المطبعة العلمية، حلب، سوريا، الطبعة: الأولى، 1351 هـ_1932 م، ج2، ص317.

من العاقد[1]، بمعنى أنّ العاقد إنّما يكوّن العقد بإرادته، أمّا الحكم المتعلّق به فهو من جَعْلِ الشّارع وترتيبه وليس نتيجةً لإرادة المتعاقدين[2].

القول الثاني: ذهب الظاهريّة[3] إلى القول بتقييد حريّة المتعاقدين في إنشاء العقود واستحداثها، إذ لا يجوز استحداث ما لم يرد دليلٌ على إباحته، فالأصل في العقود إنّما هو المنع والحظر إلّا ما ورد دليلٌ على إباحته من نصٍّ شرعيٍّ، أو إجماعٍ، واستدلّوا لذلك بمجموعةٍ من الأدلّة من بينها ما يلي:

1_ من القرآن الكريم.

أ_ قال تعالى: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ﴾.[4]

ب_ وقال أيضاً: ﴿ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾.[5]

جـ_ وقوله عزّوجلّ: ﴿ وَمَن يَعۡصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدۡخِلۡهُ نَارًا خَٰلِدٗا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٞ مُّهِينٞ ﴿١٤﴾ ﴾.[6]

[1] انظر: إسماعيل محمّد المحاقري، الحماية القانونيّة لعديم الخبرة من الشّروط التعسفيّة، مجلّة الحقوق، العدد: الرّابع، السنة (30)، 1427هـ_2006م، ص335.

[2] محمّد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، د: ط، 1425هـ_2005م، ص652.

[3] ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، مصر، د: ط، 1426هـ_2005م، ج5، ص593.

[4] المائدة الآية {3}.

[5] البقرة الآية {229}.

[6] النساء الآية {14}.

فقد تكفّل الله تعالى بأمورنا وأخبرنا بجميع أمور ديننا في كتابه أو في سنّة نبيّه صلّى الله عليه وسلّم، فأكمل لنا برحمته ديننا وارتضاه لنا، كما بيّن حكم كلّ شيء في حياتنا، ومن ذلك العقود فهي ممّا تكفّل الله تعالى لنا به، ولذلك ليس للنّاس الحريّة في إنشاء ما يشاءون من العقود، ومن أحدث عقداً أو شرطاً لم ينصّ على جوازه أيُّ دليلٍ شرعيٍّ فقد طعن في كمال الدّين، وزاد فيه، وتعدّ حدود الله.[1]

2_ من السنّة النبويّة.

أ_ استند ابن حزم إلى ما روى من طريق البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت بريرة وهي مكاتبة فقالت: اشتريني وأعتقيني قالت: نعم، قالت: لا يبيعوني حتى يشترطوا ولائي فقالت عائشة: لا حاجة لي بذلك فسمع النبي صلى الله عليه وسلم أو بلغه فذكر لعائشة، فذكرت عائشة ما قالت لها فقال: **"اشتريها وأعتقيها ودعيهم يشترطون ما شاءوا"**، فاشترتها فأعتقتها واشترط أهلها الولاء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **"الولاء لمن أعتق وإن اشترطوا مائة شرط"**[2]، وفي رواية أخرى للبخاري أيضاً: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق**"، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: **"ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق"**[3].

وقد فسر ابن حزم هذا الحديث بأن اشتراط البائع الولاء لنفسه كان مباحاً غير منهي عنه

[1] ابن حزم، المرجع السابق، ج5، ص595.

[2] محمّد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب المكاتب، باب إذا قال المكاتب اشتريني وأعتقني، ج3، ص153.

[3] مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب العتق، باب الولاء لمن أعتق، ج2، 1142.

لأن النبي صلى الله عليه وسلم ما كان ليقول هذا القول إلا وهذا الشرط مباح لأنه لا يبيح الباطل ولا يغر أحداً ولا يخدعه ويستدل ابن حزم هنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل"، بمعنى أنّ الشرط الغير منصوص عليه هو شرط باطل، فيقاس عليه العقد، وبذلك يصبح العقد باطلاً، وهذا النّص فيه دليل على إبطال كلّ عقد أو شرط لم يدلّ على جوازه دليل من الكتاب أو من السنّة.

ب_ واستدل ابن حزم أيضاً بما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **"من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"**[1]، فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص بالإلزام به باسمه أو بإباحة التزامه.[2]

ومعنى هذا أنّ كلَّ عقد أو شرط لم يبيحه الشّرع بنصّ أو إجماع يكون باطلاً، لأنّه إذا تعاقد النّاس بعقد لم يرد في الشّريعة وأصولها، فهم بذلك قد أحلُّوا أو حرّموا ما شرّع الله تعالى.

3_ من المعقول.

استدلّ أصحاب هذا الرأي لمذهبهم بأدلّة عقليّة، حيث يرون بأنّ العقود التي لم يُنَصَّ على إيجابها، إمّا أن تكون فيها إباحةُ ما حرّم الله، أو أن يكون التزامٌ فيه تحريم ما أباحه الله أو الالتزام بإسقاطِ ما أوجب الله، وإمّا أن يكون قد أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه، وكلّ هذا عظيم لا يحِلُّ.

وقد ذهبت النظم القانونيّة الحديثة إلى الأخذ بمبدأ حريّة إنشاء العقود، ووافقت في ذلك ما ذهب إليه الجمهور في اعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بالنّسبة لآثاره وكلّ ما اشتمل

---

[1] البخاري، المرجع نفسه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ج3، ص184. مسلم، المرجع نفسه، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، وردّ محدثات الأمور، ج3، ص1343.

[2] ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ج5، ص32.

عليه هذا العقد ما لم يكن فيه أو يرد عليه ما يعدّ مخالفاً للنِّظام العام، فكلّ ما ارتضاه العاقد من أحكامٍ يكون صحيحاً واجب الوفاء، ولو كان فيه غبنٌ فاحش.

فالفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان في أنّ الأصل في التعاقد هو الصحّة والإباحة، بينما يختلفان في مدى تأثير الإرادة على العقد، إذ أنّ الإرادةَ في الفقه الإسلامي غيرها في القانون الوضعي، حيث أنّ الإرادة في الفقه الإسلامي تنشئ العقد فقط، وما يتعلّق بأحكام العقود وآثارها فتكون من الشّارع لا من العاقد، ووفقاً لذلك تكون مقتضيات العقود كلّها من أعمال الشّارع لا من أعمال العاقد.

ونخلص أخيرا إلى أنّ الرأي القائل بحريّة إنشاء العقود، هو الرأي الرّاجح والأصح من حيث النّظر والتدليل، إذ لا يوجد في الشّرع ما يدلُّ على أيِّ حصرٍ لأنواع العقود أو تقييدٍ للنّاس بها، فكلُّ موضوعٍ لم يمنعه الشّرع، ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها مَنْعَهُ جاز التعاقد عليه، على أن تُراعى شرائط انعقاد العقود، كالأهليّة والصيغة، وقابليّة المحل لحكم العقد.[1]

الفرع الثاني: أثر الالتزامات على العقد.

وتشمل كل من الرّضا والقوّة الملزمة للعقد وكذلك ما يتعلّق بتعديل العقد وأحكام المسؤوليّة الناجمة عن العقد إذا تحقّق الخطأ والضّرر.

أوّلاً: أثر الرضا على العقد.

لقد جعل الشّرع مجرَّد الرضا كافياً لإنشاء العقد، ولذلك قرّر الفقهاء بأنّ كل من الإيجاب والقبول كافيان لتكوين العقد، وترتيب أثاره عليه، إذ أنّ مجرّد التراضي يولّد العقد ويرتّب أثاره دون اشتراط شيء من المراسيم الشكليّة، إلّا إذا كان ذلك على سبيل الاستثناء أو التخصيص، كعقد الزواج، وقد دلّ على وجوب التراضي **قوله تَعَالَىٰ:**﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص200.

أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴿٢٩﴾ ﴾ .[1]

فأموال النّاس لا تنتقل من بعض إلى بعضٍ إلّا بالتراضي، وذلك إذَن حكم يجعل الرضا أساساً في العقود وهو أحد الالتزامات وكل ما يترتّب عليها من آثارٍ وأحكام، والرّضا في العقود من نتائج مبدأ سلطان الإرادة العقديّة، ويُجمع فقهاء القانون الحديث على أنّ الرضائيّة في العقود قد أصبحت كالقاعدة العامّة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه، والمقنن الجزائري قد تبنَّى هذا المبدأ حيث تنصُّ المادّة 59 من القانون المدني الجزائري على أنّه:" يتمُّ العقد بمجرّد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنّصوص القانونيّة".[2]

ومن خلال نصّ هذه المادّة يتّضح لنا أنّ مبدأ الرضائيّة في العقود هو الأصل، أمّا الشكليّة فهي الاستثناء، كما تُعْتَبَرُ المادّة 60 من القانون المدني الجزائري تطبيقاً لمبدأِ الرضائيّة في العقود إذ تنصُّ على أنّ:" التعبير عن الإرادة يكون باللّفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عُرفاً، كما يكون باتخاذ أيِّ موقف لا يدع أيَّ شكٍ في دلالته على مقصود صاحبه".[3]

فنكون بصدد تصرف شكلي، عندما يمنع المتعاقد من اختيار الطريقة التي يعبر بها عن إرادته وهو ما يُعرف بمبدأ الرضائية، وهذا المبدأ الذي يترجم حرية المتعاقدين فيما يتعلق بكيفية إبرامهما للعقد قد تراجع خلال هذا القرن لأسباب تمس بمصالح فردية ومصالح عامة.

فبالنسبة للمصالح الفردية: مثل الملكيّة الفرديّة فإنّ الرضائية لوحدها قد تكون خَطَرًا على المتعاقد فهي تزيد من تسرعه في إبرام العقد قبل أن تقدر الأمور حق قدرها، وقد تؤدي إلى إغفال مسائل هامة، كما تساعد في تضليل المتعاقد وإلى نشوب النزاعات حول مضمون

[1] النساء الآية {29}.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] المرجع نفسه.

العقد، وأحيانا حتى بالنسبة لوجوده، كما قد تكون سببا لدخول التعسّف وتأثيره على العقد، فالشكلية كفيلة بحماية رضا المتعاقد خصوصا الرسمية منها وتوفر الائتمان والثقة بين المتعاقدين.

وبالنسبة للمصالح العامة: التي تمسّ جميع أفراد المجتمع فإنّ الشكلية تمكن الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات، كما أن الشكلية تحقق إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل، كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية، كذلك بعض الضمانات بخصوص الوفاء بالدين.

ورغم اتجاه الفقه القانوني الحديث نحو الرضائيّة واعتبارها قاعدةً عامّةً، إلّا أنّ الشكليّة سريعا ما عادت لتفرض وجودها لما لها من دور كبيرٍ في تنبّه الأطراف حول مدى أهميّة التصرّفات المقْدِمون عليها، وكذلك لإثبات التصرّف القانوني.[1]

وأخيرا يتّضح لنا أنّ المقنن الجزائري عند صياغته لنصّ المادّتين 59 و60 من القانون المدني الجزائري، قد رسّخ مبدأ الرضائيّة كقاعدةٍ عامّة، لما له من دورٍ في تبسيط المعاملات وتسريع العلاقات التعاقديّة، ولكن قد وضع له القانون حدوداً معيّنَةً، وذلك بالتخفيف منه حيث فرض المقنّن عدّة إجراءات قبل إبرام العقد تُعرف بالشكليّة غير المباشرة.

ثانياً: القوّة الملزِمة للعقد وأثر الإرادة عليها.

ويُقصد بمبدأ القوّة الملزمة للعقد، أنّه متى نشأ صحيحاً التزم به المتعاقدان وخضعاَ له كما يخضعان للقانون، فالعقد يتضمّن تعهّدا ضمنيّاً باحترام نتائجه والالتزام بها كما أمرنا الشّارع الحكيم، وإطلاق النّصوص المشار إليها في حريّة التعاقد يشمل سائر العقود.

وهذا ما أيّدته نصوص القانون المدني الجزائري، حيث ورد في المادّة 106 من القانون

---

[1] François Terre. Philippe Simler. Yress Lequette. Droit Civil. Les Obligation. 7ème Edition. Dalloz. 1999. P 131_132.

المدني الجزائري النّصُّ على أنّ:" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضُه ولا تعديله، إلّا باتفاق الطرفين".[1] وبالتالي متى انعقد صحيحاً، التزم كلٌّ من طرفيه بالتنفيذ دون إخلالٍ أو تعسّفٍ.

كما أنّ تطبيق أحكام العقد تكون في حكم تطبيق القانون، لأنّ الالتزام الذي يَنْشأُ عنه له نفس قوّة الالتزام الناشئ عن القانون، وأساس القوّة الملْزِمة للعقد نتج في البداية من مبدأِ سلطان الإرادة،[2] فما دام الشّخص المتعاقد حرٌّ بطبيعته، فهو لا يلتزم إلّا بما أملته إرادتُه، لأنّ الإرادةَ وحدها مصدرٌ أساسي في ترتيب آثار العقد وتحديد محتواه بسلطانٍ مُطلقٍ، وهذه الآثار لا تترتّب إلّا لأنّ أطراف العقد أرادو ذلك، وما دام الإنسان يتصرّف بما يحقّق مصالحه، تكون بذلك الالتزامات التي أرادها عادِلَةً، ويقتصر دور القانون في هذا المجال على ضمان المساواة بين الحريّات التعاقديّة.[3]

وبذلك يتّضح أنّ للقوّة الملزِمة في العقد مصدرين، الأوّل وضعي نابعٌ من المبادئ العامّة التي كرّسها القانون الوضعي، والثاني شخصي نابعٌ من إرادةِ طرفي العقد، فإن تخلَّفَ المصدر الشّخصي بَقِيَ المصدر الوضعي مهيمِناً على النّظام القانوني العام للعقد، فيَلْجَأُ إليه من يرغب في تنفيذ العقد لإجبار الطّرف المتخلّف عن ذلك دون تعسّف في استعمال هذا الحقّ.

وهنا يتدخّل القاضي ليس فقط لمنح العقد القوّة الملزمة بل أيضاً لتوفير التنفيذ وفقاً لمبدأ حسن النيّة[4]، وعلى ذلك فإنّ أساس الالتزام العقدي وإن كان يستند إلى سلطان الإرادة العقديّة، إلّا أنّ هذه الإرادة لا يمكن أن تبرّر بصورةٍ مُستقلّةٍ قوّتَه الالزاميّة، لأنّه لا يمكن

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] أنظر: رشيد أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري واللّبناني، الدار الجامعيّة، لبنان، بيروت، د: ط، 1411هـ_1990م، ص210.

[3] Jaque Ghestin. Traite de droit civil. La formation du contrat. 3ème Edition. L. G. D. J. Delta. 1993. P27.

[4] مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، مؤسّسة بحسون، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1416هـ_1995م، ج1، ص118.

الاستناد إلى هذه الإرادة في أيّ حال لإجبار المتعاقد على تنفيذ العقد في حال امتناعه.

ثالثًا: سلطة العاقد في تعديل آثار العقد.

وهذه تتعلّق بسلطة العاقدين في تعديل الآثار التي قرّرتها النّصوص للعقود، إمّا بالنّقض، أو بإضافة التزامات على أحد طرفي العقد ممّا لا يستلزمُه أصل العقد، وذلك بشرطٍ قد يشترطه أحدُهُما أو كلاهما، وتوجدُ مجموعةٌ من النّصوص الشرعيّة التي عالجت هذه المسألة منها قول رسولُ الله صلَّى الله عليه وسلم: **"المسلمون على شُرُوطهم"**.[1]

ومنه فإذا كان العقد شريعةُ المتعاقدين، فمقتضى ذلك أنّه لا يمكن لأحد طرفيه أن يستقلَّ بنقضه أو فسخه أو تعديل أحكامه إلّا إذا اتفقت معه إرادة الطرف الآخر، كما قد يتمّ هذا الاتفاق بعد إبرام العقد.

1_ تعديل العقد بإرادة المتعاقدين:

تعديل العقد بإرادة الطرفين هو تصرُّفٌ قانوني بمقتضاه يتّفق الطرفان أثناء تنفيذ العقد على تغيير بندٍ أو أكثر من بنود العقد الذي يربط بينهما[2]، حيث أنّ حريّة التعديل هي حقٌّ مُخوّلٌ للأطراف تمكّنهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبَةً لمضمون العقد وذلك بوضع حدٍّ للإخلال بالالتزامات التعاقديّة والاتفاق على تغيير أيّ عنصر من عناصر العقد الأصلي ويستمدّ الأطراف حقّ التعديل والحريّة في ذلك من مبدأِ سلطان الإرادة العقديّة طبقاً لأحكام المادّة 106 من القانون المدني الجزائري، ومنه فلا يجوز تعديل العقد بشرط إضافي، والمسلمون عند شروطهم، إذ ليس لأيّ واحدٍ من الطرفين الحقّ في تعديل العقد بمحض إرادته المنفردة،

[1] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب الصلح، تحقيق: شعَيب الأرنؤوط ومحَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ-2009م، ج5، 446.

[2] مصطفى المتوليّ قنديل، دور الطّرف في تسوية النزاعات العقديّة، دار الجامعيّة الجديدة، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1426هـ_2005م، ص61_62.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 9 مارس 1999م، حيث قضت بما يلي:" حيث يتبيَّن من الحُكْمْ والمطعون فيه ووثائق الدعوى، أنّ المطعون ضدَّه رُسِمَ بموجب قرار التثبيت رقم 90/805 في منصب سائق آلة الصّقرِ ابتداء من تاريخ 1990/02/21م وتمّ تحويلُه إلى ورشةٍ أُخرى كعاملٍ يدوي بسيطٍ ابتداء من تاريخ 1990/05/29م ورَفَضَ ذلك، وحيث أنّه فِقهاً وقضاءً أنّ التغيير في وظيفةٍ العامل لا تتمُّ إلّا بناء على الإرادة المشتركة للطّرفين.[1]

2_ انهاء القوّة المُلزمة بإرادةِ الطّرفين.

فإذا اتفق الطرفان على إنهاء العلاقة التعاقديّة واتّجهت إرادتهما لذلك فلهما إنهاءهُ بإرادتهما، وهذا ما يُعرف في القانون بالإقالة، وهو لا يسمّى فسخا، كما يمكن للطّرفين أيضاً إنهاء العقد بالاتفاق على فسخه طبقاً لنصّ المادّة 120 من القانون المدني الجزائري في حال عدم قيامِ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ويختلف أثر هذا الاتفاق بحسب ما يرد في الفقه من اتفاقات بين الطرفين.

فإذا حدث واختلّ هذا التوازن العقدي لأيّ سبب من الأسباب، أو اختلفت المراكز القانونيّة للأطراف، فيكون ذلك منشَأً لتعسّف الطّرف القويّ في استعمال حقّه إذا استغل مركزه القانوني أو الاجتماعي، فتنعدم المساواة الفعليّة بين أطراف العلاقة، وسواءً كان ذلك من حيث الالتزامات والحقوق، أو من حيث شروط وأحكام العقد ذاته[2].

واختلال التوازن العقدي يوحي بوجود الضُّعف من أحد أطراف الرّابطة العقديّة عند مواجهةِ الطّرف الثّاني الذي يكون في مركز قوّةٍ، وهذا الضّعف بطبيعة الحال يؤثّر في إرادة الطّرف

[1] الغرفة الاجتماعيّة، المحكمة الجزائريّة، قرار صادر بتاريخ 9 مارس 1999م، ملف رقم 170077، غير منشور.
[2] حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص97.

الضعيف ويجعل إرادته ضعيفة أو منعدمةً، ممّا ينعكس بالسّلب على ما يتضمّن العقد من شروط وأحكامٍ وحقوق والتزامات.

رابعاً: قيام المسؤوليّة العقديّة.

تقتضي القوة الملزمة للعقد وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين: قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات فإن عَدَلَ أَيٌّ من الطرفين على تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها كان بالإمكان إجباره على ذلك عن طريق تحريك دعوى المسؤولية العقدية.

يراد عموما **بالمسؤولية قانونا**: الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك ويختلف هذا الجزاء باختلاف نوع القاعدة المخل بها.

أما **المسؤولية العقدية** فهي: جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو تأخر فيها، وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا.[1]

إذ في هذه الحال يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم وفاءه بالالتزامات الناشئة عن العقد، كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالالتزام الناشئ عنه ممكنا، بحيث لا يكون لأيّ أحد منهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائيا وبصفة مطلقة، كون أن العقد هو شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا إلى اقتضاء التعويض، كما لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض تعويض عنه، لأن المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام الناشئ عن العقد الذي أبرمه ولا صلة

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص264 – 266.

لها بالتنفيذ العيني للالتزام.

ولابدّ من توفّر شرطان أساسيان في المسؤولية العقدية وهما: وجود عقد صحيح، والإخلال بالتزام عقدي، ويقصد بوجود العقد الصحيح: وجود عقد بين الأطراف، وأن يكون هذا العقد صحيحا، أما إذا لم ينعقد العقد بعد كأن يتضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات مثلا فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية، إذ لا تطبق كذلك المسؤولية العقدية إذا كان العقد منعدمًا أصلا بين المسؤول والمضرور.[1] أمّا الإخلال بالتزام عقدي فيقصد به: أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسؤول بالتزاماته العقدية، ونذكر في هذا الشأن أن هذه الالتزامات هي من وضع وتحديد المتعاقدين، غير أنّه بمقتضى الفقرة 02 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري "... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".[2] فللمضرور إذن أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمنها العقد صراحة.[3]

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص18 – 19.

2 القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3 حسن علي الذنون، محمد سعد الرحو، المرجع السابق، صفحة 258.

المطلب الثاني:

الشروط العقديّة وضوابطها.

من المعلوم أنّه لا يكون إبرام العقود دائما على إطلاقه، إذ قد يخضع العقد غالبا لمجموعة من الشروط التي يمكن أن تأثر عليه، أو تأثّر على أحد طرفيه، إذ أنّ العقود في أصلها هي أسباب جعليّة، وضعها الشّارع ليتوصّل إلى مسبّباتها التي أوجبها وجعلها أثاراً لها، وهذه الآثار التي رتّبها الشّارع على العقد، قد تُحقّق للطرفين رَغَباتهما فلا يزيدان عليها ولا يُنقصان منها، وقد يرى أحدهما أو كلاهما أنّ هذه الآثار غير محقّقةٍ لأغراضهما فيشترطان أو يشترط أحدهما شرطاً أو أكثر من شأنه أن يعّدل من أثار العقد، وفي هذا الفرع بيان لمفهوم هذه الشروط وحكمها وضوابطها ، وذلك من خلال فرعين:

الفرع الأوّل: مفهوم الشروط.

الفرع الثاني: ضوابط الشروط.

الفرع الأوّل: مفهوم الشّرط:

يعدّ مصطلح الشرط من بين الألفاظ التي حظيت بتعاريف مختلفة، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي، ومنها ما يلي:

أوّلاً: تعريف الشّرط لغةً: قال ابن فارس:" الشِّينُ وَالرَّاءُ وَالطَّاءُ أَصْلٌ يَدُلُّ عَلَى عَلَمٍ وَعَلَامَةٍ، وَمَا قَارَبَ ذَلِكَ مِنْ عَلَمٍ".[1] والشَّرْطُ أيضاً هو إلْزامُ الشيءِ والْتِزامُهُ في البَيْعِ ونحوِه والجمعُ شُرُوطٌ وقد شَرَطَ له يَشْرِطُ ويَشْرُط شَرْطاً والشَّرِيطَةُ كالشَّرْطِ وقدْ شارَطَهُ وشَرَطَ له في ضَيْعَتِه يَشْرِطُ وشَرَطَ للأَجِيرِ يَشْرُط شَرْطاً والشَّرْطُ العَلامةُ والجَمْعُ أشْرَاطٌ وأَشْراطُ السَّاعةِ أعْلامُها، ووقد ورد هـذا اللّفظ فـي القـرآن الكـريم: ﴿ فَهَلۡ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأۡتِيَهُم بَغۡتَةً فَقَدۡ جَآءَ

[1] انظر: ابن فارس، مقاييس اللّغة، المرجع السابق، ج3، ص260.

أَشْرَاطُهَا﴾ [1]، والاشتراط العَلامة التي يجعلها الناس بَينَهم.[2]

ثانيا: تعريف الشّرط في الاصطلاح الشرعي: يُعرّف علماء الأصول الشَّرط بصفة عامّة على أنّه: "ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدمٌ لذاته"،[3] ومعنى ذلك أنّه يلزم من عدم وجود الشّرط عدمُ وجود المشروط، ولا يمكن أن يوجد المشروط دون الشّرط، وكما عرّف أيضا بأنّه: " تعليق شيء بشيء وجوداً أو عدماً بإن الشرطية أو إحدى أخواتها".[4] ومنه فلا يمكن وجود المشروط دون الشّرط، إلّا أنّه لا بد من التنبه إلى أنّ وجود الشّرط لا يعني وجود المشروط لزوماً فقد يَشْتَرِطُ طرفا العقد شرطا ولا يُنفّذُ إمّا لتنازل المشْترط أو لعدم استيفائه موجبات الشّرط.

كما يُعرّفه الفقهاء أيضاً بتعريف خاص، فهم يقولون بأنّ الشّرط هو:" إلزامُ أحد المتعاقدين الآخَرَ، بسبب العقد، ما له فيه غَرَضٌ صحيح".[5] أو هو:" هُوَ إِلْزَامُ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْآخَرَ بِسَبَبِ الْعَقْدِ مَا لَهُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ".[6]

وما يهمّنا من هذه التعاريف هو التعريف الذي يخصُّ الشّرط المقترن بالعقد، أي الشّرط الذي يكون داخل ماهيّة العقد، ويمكن تعريف الشّرط المقترن بالعقد أنّه:" ذلك الإلتزام الذي

---

[1] محمّد الآية {18}.

[2] أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، المرجع السابق، ج8، ص13.

[3] بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، سيد عبد العزيز عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة: الأولى، 1418 هـ -1998 م، ج2، 760.

[4] محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الأصول من علم الأصول، دار ابن الجوزي، الطبعة: الرابعة، 1430 هـ -2009 م، ج1، ص40.

[5] عبد القادر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق: محمّد سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، 1403هـ_1983م، ج1، ص338.

[6] إبراهيم بن محمّد أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، د: ت، ج4، ص50.

يضيفه أحد المتعاقدين لمقتضى العقد تأكيدا له، أو لأجل تحقيق منفعة لصالح صاحب الشّرط".

والفقهاء يفرّقون بين نوعين من الشروط من حيث المصدر، أمّا الأوّل فهو الشّرط الشّرعي والذي هو من وضع الشّارع، لذلك تتوقف عليه صحّة البيع مثلا في عقد البيع، فهو شرط صحيح لا يمكن إسقاطه. والثّاني هو الشّرط الجعلي والذي يكون اشتراطه بتصرّف المكلّف وبإرادته، وهو إلزام أحد المتعاقدين الآخر ما لا يلزمه بمقتضى العقد، ويتوقف عليه لزوم البيع، فالبيع معها صحيح، ولكن ليس بلازم لأن من له الشرط إذا لم يُوَفَّ لَهُ به فله الخيار، والشّرط الجعلي يمكن إسقاطه، ومنه ما هو صحيح وما هو غير صحيح، لأنّه من وضع المتعاقد الذي قد يخطئ وقد يصيب.[1]

ثالثاً_ تعريف الشّرط في القانون: يعرّف الشّرط في **اصطلاح فقهاء القانون** بأنّه:" ربط نشوء الإلتزام أو زواله بحادثٍ مستقبل ومُحتمل الوقوع، يترتّب على وقوعه وجود الإلتزام أو زواله".[2]

وبالنّسبة **للقانون المدني الجزائري** فقد اعتبر الشّرط وصفاً من الأوصاف المعدّلة لأثر الإلتزام وقد عالجه المقنّن الجزائري من المواد 203 إلى 208 من القانون المدني الجزائري.[3] ومُجمل ما نصّت عليه هذه المواد أنّ الشرط إنّما هو أمر خارجي عارض تضيفه الإرادة إلى التزام بعد أن يستوفي أركانه.

[1] أبو عمر دُبْيَانِ، المعاملات الماليّة أصالة ومعاصرة، المرجع السّابق، ج5، ص211.

[2]. انظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص521.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الفرع الثاني: ضوابط الشّروط.

لقد وضع كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مجموعة من الضوابط التي تحكم مسألة الشروط العقديّة، كما فصّل في هذه المسألة الفقهاء وفصّلوا فيها، نظرا لأهميّتها وكثرة طرحها في العقود.

أوّلا: ضوابط الشّروط في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في مسألة الشّروط العقديّة أو كما تسمّى: " الشروط المقترنة بالعقد "، حيث تباينت الآراء والاجتهادات الفقهيّة عند الأخذ بالوقائع والأدلّة الواردة في السنّة النبويّة، نظرا لاختلاف فهم كلّ منهم للنّصوص الواردة، وطريقة الجمع والترجيح بين المتعارض منها[1]، فذهب بعض الفقهاء إلى منع الاشتراط في العقود، حيث قالوا بأن الأصل في الشروط المنع، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل.

وفي مقابل ذلك نجد طائفةً أخرى من الفقهاء كالحطّاب[2] وغيره، الذين نصّوا على أنّ الأصل في العقود والشروط الإباحة، ولهم في ذلك رأيان: رأي يقضي بأنّ الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز، ورأي آخر ينصّ على التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد حسب هذا الرأي هو باطل.

1_ موقف الظاهريّة من الشروط المقترنة بالعقد:

يرى الظاهريّة أن الأصل في اشتراط الشروط التي تكون من إرادة العاقدين هو الحظر والمنع وعدم الجواز، إذ لا يجوز عندهم تقييد العقد بأيّ نوع من أنواع الشروط إلّا إذا نصّ الشّرع

---

[1] انظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج20، ص157.

[2] **الحطاب** (902 - 954 هـ _ 1497 - 1547 م)، هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعينيّ، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب: فقيه مالكي، أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، أنظر الزركلي، المرجع السابق، ج7، ص58.

على جواز ذلك الشّرط، ولذلك حصروا الشروط الصّحيحة ونصّوا على أنّها سَبْعَةَ شروط[1]:

أ_ اشتراط الرّهن في بيع الأجل، كما جاء في الآية قوله تعالى:﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [2].

ب_ اشتراط تأخير الثّمن إلى أجل مسمّى **لقوله** تَعَالَىٰ:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[3].

جـ_ اشتراط أداء الدَّيْنِ إلى الميسرة **لقوله** تَعَالَىٰ:﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾[4].

د_ اشتراط صفة في المبيع بتراضي المتعاقدين، ويتم العقد على أساس تلك الصّفة، والدليل في ذلك قوله تَعَالَىٰ:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[5].

هـ_ اشتراط خيار الشّرط لقوله صلّى الله عليه وسلّم لحبّان بن منقذ الذي كان يُغْبَنُ في البيوع:" **إذا بايعت فقل لا خلابة**".[6]

و_ اشتراط المشتري أخذ مال العبد المباع أو بعضه من البائع لقوله صلّى الله عليه وسلّم:" **من ابتاع عبدا وله مال، فماله للّذي باعه إلّا أن يشترط المبتاع**".[7]

---

[1] انظر: ابن حزم، المحلى، دار الاتحاد العربي، القاهرة، مصر، د: ط، 1390هـ_1968م، ج9، ص403.

[2] البقرة الآية {283}.

[3] البقرة الآية {182}.

[4] البقرة الآية {180}.

[5] النساء الآية{29}.

[6] محمّد بن إسماعيل البخاري، المرجع السّابق، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيوع، ج3، 65، رقم الحديث: 2117. ومعنى "**لا خلابة**" أي خديعتك لا تلزمني.

[7] مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر، ج3، ص1173، رقم: 1543.

ز_ اشتراط المشتري أخذ ثمر النّخل المؤبّر (الملقّح) لأنّ ثمرتها للبائع لقوله صلّى الله عليه وسلّم:" **من باع نخلا قد أُبِّرت فثمرتها للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع**".[1]

وقد استدلّ الظاهريّة لمذهبهم بنفس الأدلّة التي استدلّوا بها على منع العقود التي لم يرد النّص الشرعي عليها، وقد تناولناها في المطلب السابق، وباستقراء هذه الأدلّة وتحليلها يتبيّن أنّ ضابط الشّرط الباطل عند الظّاهريّة هو كلّ شرط لم يرد فيه نصٌّ من قرآن أو سنّة أو إجماع عند من يعتبره منهم، وهذا ما يتفق مع مذهبهم الذي يقف في مصادر الأحكام الشّرعيّة عند الإجماع، ولا يتعدّاه إلى الرأي والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة.

2_ موقف الشّافعيّة من الشروط المقترنة بالعقد:

يتّفق الشّافعيّة[2] مع الظاهريّة في القول بمنع الشروط وجعل الأصل فيها هو المنع، واستدلوا لذلك بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلّم:" **نهى عن بيع وشرط**"[3]، غير أنّ فقهاء الشّافعيّة قد وسّعوا من دائرة الشروط الصحيحة، وقد أضافوا إلى ما يُسْتَثْنَى من أصل المنع أمرين:

أ_ اشتراط ما يكون ملائماً لمقتضى العقد، وموثِّقاً له، ومُحقِّقاً لمصلحته، وذلك أنّ مِثْلَ هذه الشروط تكون من مصلحة العقد والعاقد، ولا يوجد مُعَارِضٌ راجح لهذا الشّرط من جهة الشّرع، واستندوا في تصحيح هذا الشّرط إلى أصل مصدر من مصادر التشريع وهو القياس الذي يعتبرونه مصدرا من مصادر الأحكام.

---

[1] محمّد بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الشروط، باب إذا باع نخلاً قد أبّرت ولم يشترط الثمرة، ج3، ص189، رقم: 2719.

[2] انظر: الشيرازي، المهذّب، المرجع السابق، ج1، ص175. وانظر: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر، د: ط، 1938م، ج3، ص450.

[3] أبو نعيم بن عبد الله، مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم، تحقيق: محمّد الفريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، الطبعة: الأولى، 1415هـ 1990م، ج1، 160.

ب_ اشتراط ما يتضمّن معنى من معاني البرِّ، كاشتراط البائع على المشتري الصدقة من الشيء الذي يشتريه منه، فالصّحيح المشهور الذي نصّ عليه الإمام الشّافعي وقطع به أصحابه أنّ هذا الشّرط صحيح يَلزم الوفاءُ به.[1] واحتجوا لذلك بحديث بريرة السّابق[2]، الذي جاء فيه أنّ عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة، وشرط أهلها أن تعتقها، ويكون ولاءها لهم، فأنكر النّبي صلّى الله عليه وسلّم على أهلها شرط الولاء وأقرَّ شرط العِتق.

وبناءً على ذلك فإنّ ضابط الشروط الباطلة هو الشّرط الذي يُخَالِفُ الشّرع أو الذي ينافي مقتضى العقد ولا يكون ملائماً لمقتضاه، ولا يتضمّن معنى من معاني البرّ، ويدخل تحت ذلك:

_ الشرط الذي يؤدّي إلى محظور شرعي أو يخالف الشّرع، ويتمثّل فيما إذا اشترط أحد المتعاقدين على الأخر أمراً غير مشروع، كما لو اشترط عليه أن يجعل في الإناء الذي باعه شراباً محرَّماً، فإنّ هذا الشّرط غير صحيح.

_ الشّرط الذي يؤدّي إلى لزوم ما لا يلزم شرعاً.

_ الشّرط الذي ينافي مقتضى العقد، كالمنع من الانتفاع بمحلّ العقد كليّاً أو جزئيّاً. أو وجوب عمل أو تصرّف يتعلّق بمحلّ العقد أو بغيره ممّا يقتضيه العقد.[3]

3_ موقف الحنفيّة من الشروط المقترنة بالعقد:

يتّفق الحنفيّة[4] مع الظاهريّة والشّافعيّة في أنّ الأصل في الشروط الحظر، ويتّفقون مع الشافعيّة

[1] الشربيني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، د: ط، 1961م، ج2، ص35. النووي، المجموع، دار العلوم للطباعة، القاهرة، مصر، د: ط، 1972م، ج9، ص359.

[2] الحديث سبق تخريجه، أنظر صفحة 277.

[3] الرملي، المرجع السابق، ج3، ص450.

[4] الكمال بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج6، ص445. وانظر: الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، 168.

في استثنائهم الشّرط الملائم لمقتضى العقد، غير أنّ الحنفيّة يختلفون مع الشّافعيّة في توجيه ذلك التصحيح، فإذا كان الشّافعيّة يستندون في توجيهه إلى القياس والمصلحة، فإنّ الحنفيّة يُصحّحونه عل أساس الاستحسان، فذهبوا إلى أنّ الأصل في الشرط الملائم للعقد كالرّهن والكفالة والحوالة يخالف مقتضى العقد، لكنّ الحنفيّة استحسنوا تقييد العقد بهذا الشّرط توثيقاً للثمن، فأُلحق الشّرط الملائم بالشّرط الذي يقتضيه العقد لاتّحاد المعنى فيها.[1]

وقد أدّى هذا إلى توسيع دائرة الشروط الصحيحة، وممّا زاد هذه الدائرة اتّساعاً أنّ الحنفيّة صحّحوا الشّرط الذي جرى التعاملُ عليه بين النّاس ولو كان ممّا لا يقتضيه العقد، ولا يُلَائِمُ مقتضاه، فيصحُّ الشّرط في هذا الحال استحساناً بالعرف، لأنّ التعامل قاضٍ على القياس وهو إجماعٌ فعلي.

وبهذا يتبيّن أنّ الحنفيّة وبإقرارهم العرف في تصحيح الشّروط قد فتحوا باباً واسعاً لتصحيح الشروط التي تعارف النّاس عليها، ما دامت تلك الشّروط لا تتعارض مع الشّريعة الإسلاميّة وتحقّق في نفس الوقت منافع للنّاس، وأمّا الشّروط الباطلة، فالضّابط فيها أن تؤدّي إلى ما هو محضور شرعاً، أو أن تكون ممّا لا يقتضيها العقد، ولا ملائِمةً لمقتضاه، ولا ممّا تعارف النّاس التعامل بها، ويدخل تحت ذلك:

أــ الشّرط الذي يؤدّي إلى محظور شرعي أو يُخالف الشّرع: كالشّرط الذي يؤدّي إلى مفسدة الرِّبا، أو الغرر أو المنازعة.[2]

بــ الشرط الذي يحقّق منفَعَةً لأحد المتعاقدين، أو المعقود عليه، أو لأجنبيٍّ، وهي ممّا لا يقتضيها العقد، ولا تلائم مقتضاه، ولم تكن ممّا تعارف النّاس على التعامل بها.[3]

---

[1] الكمال بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج6، ص446.
[2] الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص169.
[3] السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج13، ص15.

وقد استدلّ الحنفيّة لعدم صحّة هذه المجموعة من الشّروط بالأدلّة التالية:

_ ما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جدّه أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم:" **نهى عن بيعٍ وشرط**".[1]

_ ما روى أنّه عليه الصلاة والسلام:" **نهى عن بيع وسلفٍ**".[2]

_ وما جاء عن ابن مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: "**نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن صفقتين في صفة**".[3]

_ ولأنّ اشتراط ما فيه منفعةٌ لأحد العاقدين في عقود المعاوضات الماليّة يتضمّن شُبهةَ الرِّبا، لأنّ تلك المنفعة زيادةٌ مشروطة بلا عِوَضٍ، وهو تفسير الرِّبا فلا تصحُّ هذه الشروط.[4]

4_ موقف المالكيّة من الشروط المقترنة بالعقد:

يرى فقهاء المالكيّة[5] أنّ الأصل في الشّروط الحظر، غير أنّهم لم يشترطوا في الشّرط الصّحيح أن يكون من مُقتضى العقد، وإنّما قرَّروا أمراً مُغايِراً، حيث عمدوا إلى تصحيح كلّ شرطٍ فيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين شريطة ألّا يكون مناقِضا لمقتضى العقد، وألا يؤدّي إلى الغرر الكبير أو الجهالة الفاحشة التي تؤدّي إلى النّزاع.[6]

---

1 سبق تخريج الحديث، انظر الصفحة 292.

2 مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض، ج2، ص657، رقم الحديث: 69.

3 انظر أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، ج4، ص30، رقم الحديث: 3783.

4 الزيلعي، تبيين الحقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج4، ص57.

5 انظر: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي، شرح التلقين، تحقيق: الشيخ محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1429هـ _ 2008 م، ج2، ص493، 494.

6 انظر: الحطّاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مكتبة النّجاح، ليبيا، د: ط، د: ت، ج4، 372.

وكان مذهب المالكيّة في الشروط المقترنة بالعقد كما يلي:

أــ اتفق المالكيّة مع الشّافعيّة والحنفيّة في استثناء الشّرط الملائم لمقتضى العقد، لكنّهم اختلفوا مع الحنفيّة في الأصل الذي يستند إليه تصحيح الشّرط، فإذا كان الحنفيّة قد صحّحوه من باب الاستحسان، فإنّ المالكيّة صحّحوه قياسًا كالشّافعيّة.

بــ اتفق المالكيّة مع الحنفيّة في استثناء الشّرط المتعارف، لكنّهم اختلفوا معهم في أصل تصحيح هذا الشّرط، فإذا كان الحنفيّة يُصحّحون الشّرط المتعارف استحساناً بالعُرف، فإنّ المالكيّة يُصحِّحونه من باب أولى، لأنّ الشّرط المتعارف عندهم أولى بالتّصحيح من الشّرط الذي لم يتعارف النّاس عليه.

جـــ واتفق المالكيّة مع الشّافعيّة في تصحيح الشّرط الذي يتضمّن معنى من معاني الخير والبرّ عملاً بقاعدة "المصالح المرسلة".

فقاعدة المصالح المرسلة فتحت بابا واسعاً أمام تصحيح الشّروط المقترنة بالعقد، إذ أنّ اتساع دائرة الاستثناءات جعل من مبدأ "**حظر الشروط المقترنة بالعقد**" أصلا محدود الأثر عملاً إذا آل الأمر في التطبيق إلى أن يكون الأصل في الشروط الإباحة، والمنع استثناء.

كما يستند هذا الاتساع إلى حديث جابر: أنّه كان يسير عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا، فَمَرَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَضَرَبَهُ فَدَعَا لَهُ، فَسَارَ بِسَيْرٍ لَيْسَ يَسِيرُ مِثْلَهُ، ثُمَّ قَالَ: «**بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ**»، قُلْتُ: لاَ، ثُمَّ قَالَ: «**بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ**»، فَبِعْتُهُ، فَاسْتَثْنَيْتُ حُمْلاَنَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ انْصَرَفْتُ، فَأَرْسَلَ عَلَى إِثْرِي، قَالَ: «**مَا كُنْتُ لِآخُذَ جَمَلَكَ، فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ، فَهُوَ مَالُكَ**»[1]، وهذا الأثر يدلّ على جواز اشتراط منفعة معلومةٍ، ولكنّ الإمام مالك

[1] البخاري، المرجع السابق، كتاب الشّروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابّة إلى مكان مسمّى جاز، ج3، ص189، رقم الحديث: 2718.

قصر هذا الشّرط على الزّمن اليسير دون الكثير وهو بذلك جمع بين النّصوص الواردة في الشروط، لذلك قيل بأنّ الإمام مالك عَرَف الأحاديث الثلاثة، واستعملها في مواضعها".[1]

أمّا ضابط الشّرط الباطل عند المالكيّة فهو الذي يؤول إلى الإخلال بشرطٍ من شروط صحّة العقد، كالشّرط الذي يُؤدِّي إلى جهلٍ أو غرر في العقد، أو الوقوع في أمر محظور كالربا، وكذلك الشّرط الذي يكون منافياً لمقتضى العقد.

5_ موقف الحنابلة من الشروط المُقترنة بالعقد:

يُخالف الحنابلة[2] غيرهم من الفقهاء في مسألة الشّروط المقترنة بالعقد فيرون أنّ الأصل في الشّروط الإباحة، وليس الحظر، ولا يحرّم منها إلّا ما دلّ الشّرع على تحريمه وإبطاله نصّاً وقياساً، فالشّرط غير الصّحيح يُعتبر استثناءً عندهم، ومن الشروط المستثناة من أصل الإباحة في الشّروط:

أ_ اشتراط ما دلّ الشّرع على تحريمه كالرّبا.

ب_ اشتراط ما ينافي مقتضى العقد.

جـ_ اشتراط عقد في عقد، كصفقتين في صفقة، أو عقد فيهَ سَلَفٌ وبيع.

د_ أن يجمع بين شرطين في عقد، ولو كانا صحيحين إذا كان لا يقتضيهما العقد، ولا يلائمانه.

---

[1] ابن رشد، المقدمات، مكتبة السعادة، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ص544.

[2] ابن تيميّة، المحرّر في الفقه، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة: الثانية، 1984م، ج1، ص313. وانظر: ابن الجوزي، المذهب الأحمد للإمام أحمد، مطبعة الكيلاني، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ص78. ابن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1963م، ج2، ص34.

ومنه نخلص إلى أنّ المذهب الحنبلي هو أكثر المذاهب توسيعاً لدائرة الشروط الصّحيحة، إذ أنّه يصحّح جميع الشروط التي صحّحتها المذاهب السّابقة ممّا يُلائم مُقتضى العقد، وأيضاً الشروط التي تتضمّن معنى من معاني البرّ، وكذلك الشّروط التي تعارفها النّاس، أو تلك التي تتضمّن منفَعَةً معقولةً لأحد العاقدين كما نصّ عليه مذهب المالكيّة.

6_ موقف متأخري الحنابلة والمالكيّة من الشروط المقترنة بالعقد:

لقد ذهب كلّ من الشّيخ ابن تيميّة وتلميذه ابن القيّم والشّاطبي في أنّ الأصل في الشّروط الإباحة، غير أنّهم يقتصرون في التحريم على أمرين هما:

أ_ اشتراط ما يناقض مقصود الشّارع في الأحكام، فلا يجوز أن يتضمّن الشّرط محرّما كالرّبا.

ب_ اشتراط ما ينافي مُقتضى العقد، ويناقض مَقصد الشّارع منه.

وقد جاءت نصوصهم مقرّرَةً لأصل إباحة الاشتراط، حيث قال ابن تيميّة:" الأصل في العقود والشروط الجواز والصحّة، ولا يُحرَم منها ويبطل إلّا ما دلّ الشّرع على تحريمه وإبطاله نصّاً أو قياساً عند من يقول به، وأكثر ما نصّ عليه الإمام أحمد يجري على هذا القول، ومالك قريب منه...وهذا القول هو الصّحيح بدلالة الكتاب والسنَّة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي".[1]

وذهب ابن القيّم إلى أنّ:" الأصل في العقود والشروط الصحّة إلّا ما أبطلَه الشّارع أو نهى عنه، وهذا هو الصّحيح، إذ أنّ الحكم ببطلانها حكمٌ بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أن لا حرام إلّا ما حرّمه الله تعالى ورسوله، ولا تأثيم إلّا ما أَثّمَ الله ورسوله به فاعله، ولا واجب إلّا ما أوجبه الله تعالى، ولا حرام إلّا ما حرّمه الله تعالى، ولا دين إلّا ما شرعه الله، فالأصل في العبادات البُطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحّة حتّى يقوم دليل

[1] ابن تيميّة، نظريّة العقد، مطبعة السنّة المحمّديّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1738م، ص13.

على البطلان، والفرق بينهما أنّ اللّه سبحانه لا يُعبد إلّا بما شرعه على سُنّة رسله، فإنّ العبادة حقه على عباده، وحقه الذي أحقّه هو ورضي به وشَرعه، وأمّا العُقود والشّروط والمعاملات فهي عفوٌ حتى يحرّمها".[1]

كما نصّ الشّاطبي على أنّه:" ما كان من العاديات يكتفي فيها بعدم المنافاة، لأنّ الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبّد، والأصلُ فيها الإذن حتّى يدلّ الدّليل على خلافه".[2]

بعد عرض أقوال المذاهب الفقهيّة في ضوابط الشّرط الصّحيح وغير الصّحيح المقترن بصيغة العقد يتبيّن أنّ القول الرّاجح هو ما ذهب إليه ابن تيميّة وابن القيّم والشّاطبي في أنّ الأصل في الشروط الإباحة، مع استثناء ما ذكرناه سابقا في مذهبهم حول ما يحرم اشتراطه مما ينافي مقصود الشّرع، ويناقض مقتضى العقد، وذلك لأنّ هذا القول يتّفق مع ما تقرّره نصوص القرآن الكريم والسنّة النبويّة الصحيحة ومقاصد الشريعة الإسلاميّة وطبيعةُ التشريع الإسلامي الذي يجمع بين الثبات والمرونة، أمّا ما ذهب إليه الظاهريّة من أنّ الأصل في الشروط الحظر فذلك يؤدّي إلى نتيجةٍ لا تتفق وطبيعة التشريع الإسلامي، وأنّ الأخذ به سيؤدّي إلى إبطال كثير من الشروط والعقود مما يوقع النّاس في الحرج والعُسر.

ثانيا: ضوابط الشّروط في القانون الوضعي:

تأخذ أغلب القوانين الوضعيّة كالقانون الفرنسي، القانون البلجيكي، القانون المصري، بقاعدة عامّة مفادها حريّة الاشتراط، وقد أشار القانون المدني الجزائري إلى هذا الأصل بمفهوم المخالفة، الذي يُستخلص من خلال المواد المنصوص عليها والتي جاء فيها ذكر الحالات التي يعتبر فيها الالتزام غير قائمٍ، فقد نصّت المادّة 204 الفقرة الأولى على ما يلي:" لا يكون الالتزام قائماً إذا علّق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب والنّظام العام، هذا

[1] ابن القيّم، إعلام الموقّعين، المرجع السابق، ج1، ص259.

[2] انظر: الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج1، ص440.

إذا كان الشّرط واقفا أمّا إذا كان الشّرط فاسخاً فهو نفسه الذي يُعتبر غير قائمٍ". [1] فنصّ المادة يوضّح أنّ القانون المدني قد وضع ضوابط عامة تحكم مسألة الاشتراط في العقود، حيث قرّر أنّ الأصل هو حرية وضع الشروط، إلا إذا كان ذلك يخالف الآداب العامّة والنظام العام[2].

إذن فالقانون المدني الجزائري نص ضمناً على جواز وضع الشروط في العقد على ألا تخالف هذه الشروط النظام العام والآداب، وهذا المصطلح كما وضح من خلال السّرد مصطلح مرن، يختلف من مجتمع إلى مجتمع ومن دولة إلى أخرى، فقد كان الأحرى بالقانون المدني، أن يَتَّبِعَ الفقه الإسلامي حيث قسم فقهاؤه الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة على التفصيل الذي جاء في هذا المبحث، الأمر الذي يجعل الحكم بصحة الشرط من عدمه سهلاً وميسوراً، فحبذا لو كان نصّ القانون المدني الجزائري كما يلي:

1ـ يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة.

2ـ يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو خالف النظام العام وإلا أُلغي الشرط وصحَّ العقد، فإن كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً.

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] **الآداب العامة**، في أمة معينة وفي جيل معين هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جري به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة كلما ارتفع المعيار الخلقي، ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة ومختلفة، أمّا فكرة النظام العام فدائماً ما كانت تستعصي على التعريف، فاكتفى الشراح بتقريبها للأذهان بقولهم: " هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد ، سواء كانت مصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي لأن النظام العام يجاوز نطاق التشريع "، انظر: سليمان مرقس، نظريّة العقد، دار النشر للجامعات المصرية، د: ط، 1956م، ص 152.

الفصل الثاني:

أثر التعسف في استعمال حق الفسخ على العقود.

وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: ماهية الفسخ وعلاقته بالعقد.

المبحث الثاني: تطبيقات التعسّف في استعمال حق الفسخ على العقود.

تمهيد:

إنّ جميع العقود تتضمّن قوَّةَ الإلزام، فكلُّ عقدٍ من العقود له قوّةٌ تُلْزِمُ طرفيه بتنفيذه، سواءٌ كان هذا العقد ملزما للجانبين، فيلتزم كل طرف بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، أو كان من العقود الملزمة لجانب واحد، فينحصر الالتزام بالتنفيذ على عاتقه، والعقد ما هو إلّا عبارةٌ عن مجموعةٍ من القواعد والأحكام التي لا يكون بإمكان أيّ متعاقد الانفراد بنقضها، أو التعديل فيها زيادة أو نقصانا، كما لا يمكن لأيّ طرفٍ أن يسير بالعقد نحو الزوال بدون سببٍ مشروع، معدماً إرَادَةَ الطَّرف الآخر في إمضاء العقد، فيتعسّف بذلك في استعمال حق فسخ العقد، وكلُّ هذا من أجل ضمان الوصول إلى الغاية التي قَصدَ كلّ طرف من طرفي العقد تحقيقها عند التعاقد.

إلّا أنّه قد تحول دون تحقيق تلك الغاية أمورٌ كثيرة، لا تكون راجعةً في الأساس لامتناع أحد الطرفين عن التنفيذ فقط، وإنّما قد ترجع أيضاً إلى عدم توازي الإرادتين عند وضع بعض الشروط التي تحقق مَصْلَحَةً لطرفٍ دون الآخر ممّا قد يؤدّي بالعقد إلى السير نحو الفسخ.

وعدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزامات المترتبة عليه يستلزم تدخّل قوّة تُجبره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينيّاً أو بمقابل، وإذا لم يُجْدِ هذا التنفيذ، أو لم يفضّله المتعاقد الآخر، فلا بدّ من منحه حقّ التخلّص من العقد وحلّ الرابطة العقديّة عن طريق الفسخ، إلّا أنّ اختيار المتَعَاقد الدائن حق الفسخ لا ينهي مسألة الالتزامات وإنّما تتغيّر هذه الالتزامات من حيث الشّخص، بحيث تنتقل من المتعاقد المدين إلى المتعاقد الدائن، وذلك لأنّ المتعاقد صاحب حقّ الفسخ قد يتعسّف في استعماله، ومن أجل دراسة كلّ ذلك قمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأوّل: ماهية الفسخ وعلاقته بالعقد.

المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود.

المبحث الأوّل:

ماهية الفسخ وعلاقته بالعقد.

لما كان العقد يمثّل مصالح ماديّة لطرفيه، فإنّ كلّا منهما يسعى لتحقيق هذه المصالح، وما يضمن حصول ذلك هو التنفيذ الذي اتفق عليه الطرفان عند إبرام العقد، فإن أخلَّ أيٌّ منهما في تنفيذ التزامه ثبت لغريمه مكنة المطالبة بفسخ العقد، وفسخ العقد هو نظام ذو طبيعة خاصّة ومفهوم محدّد يختلف عن باقي الأنظمة الأخرى التي تتشابه معه في بعض الأُسُسِ، كما أن فسخ العقد يتطلّب توفّر عدّة شروط لتطبيقه، فهناك أنواع من الشروط تقع على العقود، وتؤثّر على العقد، فتكون سببا في فسخه، وكلّ ذلك سأبيّنه في المطلبين التاليين:

المطلب الأوّل: مفهوم الفسخ في العقود.

المطلب الثاني: الشروط العقديّة كسبب من أسباب الفسخ.

المطلب الأوّل: مفهوم الفسخ في العقود.

يعتبر الفسخ أحدَ طرق انحلال العقد، وهو جزاءٌ يترتّب على إثر امتناع أحد المتعاقدين عن التنفيذ في عقدٍ مُلزمٍ لهما، وقبل دراسته لابدّ من تحديد مفهومه، فقد حظي هذا المصطلح بعدّة تعريفات سواءٌ في الفقه الإسلامي أو في الفقه القانوني، كما اعتنى كل الفقهاء بهذا النظام عناية فائقة فجعلوا له أسساً ووضعوا له شروطا لا يجوز مخالفتها ولا الخروج عن مقتضاها.

الفرع الأوّل: مفهوم الفسخ.

قبل إعطاء تعريفات لهذا المصطلح لا بدّ من الإشارة إلى أنّ هذا النظام معروف منذ القديم لدى فقهآء الإسلام، كما قد أصبح أمرا مسلّما به في أغلب التقنينات الحديثة.

أوّلا: تعريف الفسخ لغةً واصطلاحاً.

1_ الفسخ لغةً: من فسخ الشيءَ: إذا فرقه، وفسخ البيعَ والنكاحَ وغيرهما من العقود: إذا نقضه.[1] والفَسْخ: الضَّعْفُ فِي العَقْلِ والبَدَن كالفَسْخة، وفَسَخَ الشيْءَ يَفْسَخُه فَسْخاً فانفَسَخَ: نَقضَه فانتَقَضَ، والفَسْخُ: التَّفْريقُ، وَقد فَسَخَ الشيْءَ، إِذَا فَرَّقَه.

ومن المجاز: انْفَسَخَ العَزْمُ والبَيْعُ والنِّكَاحُ: انتَقَضَ، وَقد فَسَخَه، وَفِي الحَدِيث كَانَ فَسْخُ الحَجِ رُخْصَةً لأَصحاب النَّبيّ صلى الله عَلَيْهِ وَسلم، وهو أن يكون الرّجل نَوى الحَجَّ أَوّلا ثمّ يُبْطِله ويَنْقُضه ويجعله عُمْرَةً، ويُحِلّ ثمّ يَعود يُحرِم بحَجَّة، وهو التَّمتُّع أو قريبٌ منه.[2]

2_ الفسخ شرعا: تختلف نظرة فقهآء الشريعة الإسلاميّة للفسخ عن نظرة القانونيين لها وذلك واضحٌ من خلال التعاريف التي وضعوها له، فقد عُرّف الفسخ عندهم بأنّه:" حلُّ ارتباط العقد"[3].

---

[1] نشوان بن سعيد الحميرى اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري – مطهر بن علي الإرياني – د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت – لبنان)، الطبعة: الأولى، 1420 هـ – 1999 م، ج8،ص 5188.

[2] محمّد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس، المرجع السابق، ج7، ص319.

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 833.

كما جاء في تعريفه بأنّه " رفع العقد على وصفٍ كان قبله بلا زيادة ونقصان".[1] أو هو:" ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن"[2].

وهو أيضا بأنّه:" إنهاء الرابطة التعاقديّة نتيجة خطأ جسيم يرتكبه أحد الطرفين".[3] أو هو:" رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره".[4]

3_ تعريف الفسخ عند فقهاء القانون: لقد وضع فقهاء القانون، العديد من التعاريف للفسخ ومن تعريفاتهم للفسخ ما يلي:

أ_ عُرِّف الفسخ بأنّه:" جزاءٌ يترتّب على امتناع أحد المتعاقدين في عقدٍ ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حقٌّ للمتعاقدين في حلّ الرّابطة العقديّة، إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه متى يتحرّر بدوره من الالتزامات التي يتحمّلُها بموجب العقد".[5]

ب_ وعرّف كذلك بأنّه:" حقّ كلّ متعاقد في العقد الملزم للجانبين أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه في حلّ الرّابطة العقديّة، كي يتخلّص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة التعاقديّة بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه".[6]

جـ_ وجاء في تعريفه أنّه:" حقّ المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوفّ المتعاقد الآخر في أن يطلب حلّ الرّابطة العقديّة، كي يتحلّل هو من التزامه".[7]

---

[1] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد اللّغة، الصدف بيلشرز _ كراتشي، الطبعة: الأولى، 1407هـ – 1986م، ج1، ص412.

[2] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص 182.

[3] احمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429 هـ-2008 م، ج3، ص1886.

[4] محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ج1، ص345.

[5] توفيق حسن فرج _ مصطفى الجمال، مصادر الالتزام _دراسة فقهيّة مقارنة_، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 14230هـ _2009م، ص328.

[6] العربي بلحاج، النظريّة العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، بن عكنون، الجزائر، د: ط، 1422هـ_2001م، ج1، ص582.

[7] عبد المنعم فرج الصدّه، نظريّة العقد في البلاد العربيّة، دار النهضة العربيّة، لبنان، د: ط، 1394هـ _ 1974م، ص582.

4_ ماهية الفسخ في القانون المدني الجزائري: نصّت المادّة 119 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على حقّ الفسخ، حيث جاء فيها ما يلي:" في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".[1]

والإعذار هو قيام الدائن بإخطار المدين بطريقةٍ رسميّةٍ تتمثّل في رسالة مع علم الوصول، أو محضرٍ محرّرٍ من طرف المحضر القضائي بتنفيذ التزامه في الوقت المحدّد أو المتّفق عليه، والهدف الأساسي من الإعذار هو إعلان الدائن رغبته ومصلحته في تنفيذ الالتزام لصالحه، وإثبات تأخّر وسوءُ نيّة المدين في القيام بتنفيذ التزامه رغم حلول أجله.

إذن فالفسخ هو حقٌّ قانوني يُمَكِّنُ صَاحِبَهُ من حلّ العقد بسبب إخلال المدين بواجب التنفيذ، لكن إذا توافر سبب الفسخ الذي هو الامتناع عن التنفيذ، ولم يكن الموضوع حلُّ العقد، فهو ليس فَسْخٌ، وإن حدث فهو تعسّفٌ في استعمال الحق، وإنّما يكون حقّ طلب التنفيذ، وكذلك إذا توافر الموضوع وهو حلّ العقد، ولكن لسبب آخر غير عدم التنفيذ، فهو ليس حقّ فسخٍ أيضاً وإنّما يجوز أن يكون حقّ إبطالٍ.[2]

ثانيا: تمييز الفسخ عمّا يشابهه من أنظمة.

إنّ الهدف من الفسخ كنظامٍ في العقود، هو حماية القوّة الملزمة للعقد كقاعدةٍ عامّة، وإلى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين بصفةٍ خاصّة، وتجدر الإشارة إلى أنّه لا يعتبر الفسخ هو النظام الوحيد الذي يهدف إلى ذلك، وإنّما توجد إلى جانبه أنظمةٌ أخرى تهدف إلى تحقيق نفس الغاية، كالبطلان والإقالة والانفساخ، ويظهر الفرق بينها وبين الفسخ فيما يلي:

1_ **تمييز الفسخ عن البطلان:** سبق القول بأنّ الفسخ إنّما هو حلٌّ للرّابطة العقديّة بسبب

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] انظر: مصطفى الجارحي، فسخ العقد _ دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي_، دار النهضة العربيّة، مصر، الطبعة: الأولى، 1409هـ_1988م، ص3_4.

عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، بينما يرجع البطلان دوما لتخلّف ركن من أركان العقد، أو اختلاله، أي أنّ هناك علّةٌ صاحبت إبرام العقد[1]. كما أنّ الفسخ لا يكون إلّا في العقود التي تولّد التزامات متبادلة، بينما البطلان يمكن تطبيقه بغضّ النظر عن كون العقد ملزماً لجانبٍ واحد أو لجانبين، لذا فالبطلان هو جزاءٌ قانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملةً مستوفيةً لشروطها،[2] وهو أيضاً الجزاء عن تخلّف ركن الانعقاد ومقوّماته، فهو لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، في حين أنّ الفسخ إنّما هو نظام جزائي، يرد في العقود الملزمة للجانبين بسبب تخلّف المدين عن تنفيذ التزاماته العقديّة، فهو راجعٌ إلى المدين نفسه.[3]

ومن خلال ما سبق يتبيّن أنّه رغم اختلاف كل من نظام الفسخ ونظام البطلان عن بعضهما البعض إلّا أنّ ما يترتب على كل منهما إنّما هي نتيجةٌ واحدة، وهي زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه، وهذا ما نصّت عليه المادّة 103 من القانون المدني الجزائري بما يلي:" يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل"[4]. بينما تنص المادّة 122 من نفس القانون على أنّه:" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض". [5]

2_ تمييز الفسخ عن الإقالة: والإقالة في مفهومها هي:" رفع العقد وإلغاءُ حُكمه وآثاره

---

[1] انظر: محمّد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري _النظريّة العامّة للالتزامات _ (مصادر الالتزام _ التصرّف القانوني _ العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2004م، ج1، ص277_278.

[2] انظر: أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، د: ط، 1429هـ _ 2009م، ص321.

[3] Pierre Guiho. Georges peyrard. Droit civil_ Les Obligation. Tomel. Le régime Général. L'armé. Paris. 3éme éd. 1992. P261.

[4] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[5] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

برضا طرفيه"[1]، وتختلف الإقالة عن الفسخ، في كون الإقالة هي عبارةٌ عن اتفاق يرد على العقد بعد أن يتمّ تكوينه تكويناً صحيحاً، يهدف المتعاقدين من وراء ذلك إلى حلّ الرابطة التعاقديّة دون وجود أيّ سبب، ودون أن يلجأ أيّ طرفٍ إلى القضاء، وبالتالي وضع حدٍّ للعقد بالنّسبة للمستقبل وفقاً لأصل عام.[2] وإقالة البيع في الفقه الإسلامي فسخ في حق العاقدين مع جديد في حق غيرهما، وهي فسخ في حق الناس كافة وذلك لأن العاقدين بالإقالة يعضّدان فسخ العقد، وحق فسخ العقد مملوك لهما فثبت الفسخ في حق الناس كافة كما إذا كان قبل القبض أو كان الفسخ بقضاء القاضي.[3]

3_ تمييز الفسخ عن الانفساخ: يختلف الفسخ عن الانفساخ في أنّ انفساخ العقد يكون في حالة انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه لوجود سببٍ أجنبيٍّ، فينفسخ العقد بقوّة القانون دون خضوعه لرقابة القضاء، وبدون منح تعويضٍ للطرف المتضرّر من حكم الانفساخ.

ولما كان الفسخ من أهمّ الأسباب، وهو أنسب الحلول ضمانةً لحماية حقّ المتعاقد الدائن بالالتزام في مواجهة المدين المقصّر في تنفيذ التزاماته، فإنّه لا بدّ من الحرص على ضمان حقوق الدئن، إلّا أنّه قد قُيِّد بعدم التعسف في استعماله إلى حدٍّ يُلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر.

4_ تمييز الفسخ عن عدم النّفاذ: ويختلف فسخ العقد على عدم نفاذه في كون الحكم بعدم نفاذ تصرّفات المدين في حقّ دائنه لا يؤثّر على أيّ حال من الأحوال على العقد الذي يربط مدينه بمن تصرّف إليه، بل يبقى قائماً منتِجاً لآثاره القانونية بينه وبين المتصرّف إليه، وإذا تحقّق الفسخ فإنّه يهدم العقد وما رتبه من التزامات تعاقديّةٍ بأثر رجعي بما أنّ الحقّ في التمسّك

---

[1] انظر: زكريا بن محمّد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المرجع السابق، ج2، ص، 75. وانظر: الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص485.

[2] انظر: محمّد منصور، مصادر الالتزام_ العقد والإرادة المنفردة_، الدار الجامعيّة، لبنان، د: ط، 1410هـ_2000م، ص25.

[3] أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1418هـ/1999م، ج2، ص407.

بالفسخ يقتصر على طرفي العقد،[1] في حين لا يتمسّك بعدم النّفاذ إلّا من لم يكن طرفاً في العقد الذي يراد نفاذه اتجاهه.

الفرع الثاني: حلّ الرابطة العقديّة بالفسخ.

إنّ العقد الصحيح هو الذي ينتج عنه تنفيذ الالتزامات الناشئة والمترتّبة عليه، وهذا التنفيذ يؤكّد وجود العقد واستمرار بقائه كسندٍ للحقوق التي نشأت عن هذه الالتزامات، ففي عقد البيع مثلا إذا تمّ التعاقد فإنّه يظَلُّ سندا لملكية المشتري، غير أنّه قبل أو أثناء مرحلة التنفيذ بعض الأسباب التي تحول دون تنفيذ العقد فيترتّب حقٌّ للطرف المتضرّر من ذلك يتمثّل في طلب فسخ العقد، وهذا الطلب لابدّ أن تكون له أسس وشروط لابدّ من توفّرها من أجل حلّ الرابطة العقديّة.

أوّلا: الأسس الفقهيّة والقانونيّة لاستعمال حقّ الفسخ.

1_ الأسس الفقهيّة لاستعمال المتعاقد حقّ الفسخ: لقد وقع جدل واسع واختلاف حول الأساس الذي ينبني عليه حق الفسخ، حيث ظهرت في الفقه الاسلامي عدّة آراء، كما توجّه الفقه القانوني إلى توجّهات مختلفة في هذا الموضوع، وقد تضمّنت اجتهادات الفقهاء مجموعةً من الأسس التي تضمن حق المتعاقد في فسخ العقد وحل الرابطة العقديّة ومن بينها ما يلي:

أ_ الأصل في العقود اللزوم: فالفقه الإسلامي يصون العقود عن الفسخ قدر الإمكان، لأن الأصل توافر القوة الملزمة للعقد لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [2].

ولا تؤثّر الخيارات في القوة الملزمة للتعاقد، سواء كانت تعاقدية، كخيار الشرط والتعيين والنقد، أو شرعية كخيار العيب والتدليس والتغرير وفوات الوصف وتفرّق الصفقة، لأن الأولى نشأت بإرادة المتعاقدين، والثانية تخل بإرادة العاقد ورضاه، كإعطاء حق الإبطال وحق الإجازة

[1] حموا حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، كليّة الحقوق، تيزي وزو، الجزائر، 2011م، ص13.
[2] المائدة الآية {1}.

في القوانين الحديثة لمن كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا.

ب_ أساس حق الفسخ في الشريعة هو ركن الرضا: والرضا مرتبط بالمحل المعقود عليه طوال مدّة الالتزام، فإذا انعدمت الصلة بينهما حتى بعد نشوء العقد، كان العقد قابلاً للفسخ[1]، والأدق أن يقال: إن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً، والتي يُشْتَرَطُ فيها أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد، ليس فقط عند لحظة انعقاد العقد، بل حتى عند تنفيذ العقد، فإذا اختلت المعاوضة أو التوازن العقدي، كان لمن اختلت المعاوضة في جانبه حق طلب الفسخ.[2]

2_ الأسس القانونيّة لاستعمال المتعاقد حقّ الفسخ: لقد بنى فقهآء القانون نظرياتهم التي تحدّد الأساس القانوني لحقّ الفسخ على مجموعة من الأسس أهمها ما يلي:

أ_ أساس حقّ الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني: ومضمون هذه الفكرة أنّ جميع العقود الملزمة للجانبين يجوز فسخها إذا تخلّف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه على أساس وجود شرطٍ فاسخ مفترَضٍ محلّه عدم التنفيذ، فإذا تحقّق الشرط بأن تخلّف أحد المتعاقدين عن التنفيذ كان للمتعاقد الآخر أن يطلب حقَّ فسخ العقد.[3]

ب_ أساس حق الفسخ هو السبب: والمقصود بالسبب هو الغاية التي ينتظر تحقّقها كل متعاقد من خلال إبرامه للعقد، لأنّ السبب هو عنصرٌ في نشوء الالتزام، وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت نشوء الالتزام، وإلّا كان باطلاً، كما يعتبر عنصُراً في نفاذ الالتزام، فإن لم ينفّذ الالتزام وجب فسخ العقد المنشئ لذلك الالتزام، حيث يزول هذا الالتزام تبعاً للفسخ الذي يقدّمه أحد المتعاقدين.[4]

---

[1] انظر: علي حسن دنون، النظريّة العامّة للفسخ، مطبعة النهضة، مصر، القاهرة، د: ط، د: ت، ص73.

[2] جمال الدين محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه، د: ط، د: ت، ص452.

[3] محمّد المصري وأحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعيّة، مصر، د: ط، 1988م، ص2.

[4] انظر: عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة، السنة: الأولى، العدد 1، يناير 1959م، ص134_144.

جـ_ أساس حقّ الفسخ العدالة: وهذه الفكرة تقضي بأنّه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفِّ أحد المتعاقدين بالتزاماته فإنّ العدل يقضي إعفاء الطرف الآخر من الالتزامات الواقعة عليه.[1]

د_ أساس حق الفسخ هو الارتباط بين الالتزامات: وهذا الرأي نادى به مجموعة من الفقهاء أشهرهم الفقيه "**بلانيول**" **Planiol**، كما نادى بهذا الأساس الأستاذ عبد الرزاق السنهوري[2] والذي قال في معرض ذلك:" أنّ نظريّة الفسخ مبنيّة على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أنّ طبيعة هذه العقود تقضي بأن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، فيبدوا أمرا طبيعياً، إلّا أنّه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلّل نهائيّا من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ".[3]

إنّ هذه الأسس الفقهيّة التي حاول الفقه القانوني من خلالها تبرير حقّ المتعاقد في فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ، إنّما هي أُسُسٌ نظريّة أكثر منها عمليّة إذا أخذنا رأي المقنن الجزائري بعين الاعتبار، وهذا في ظلّ وجود نصّ المادّة 119 من القانون المدني والتي وضعت الأساس القانوني لحقّ الفسخ في مقابل عدم نجاح هذه الأسس في تحقيق المقصد من الفسخ حيث نصّت على ما يلي:" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يُطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض"[4].

ثانيا: شروط استعمال المتعاقد حقّ الفسخ.

إذا كان الفسخُ حقّا ممنوحاً للدّائن يمكّنه من حلّ الرابطة العقديّة عند عدم تنفيذ الطرف

---

[1] انظر: مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص12.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**، ولد سنة 1895م بالإسكندريّة، وهو أحد أعلام الفقه والقانون في الوطن العربي، اشتغل مدرّسا للقانون المدني بكليّة الحقوق بالقاهرة، وكان عضوا في مجمع اللّغة العربيّة، كما أسهم في وضع كثيرٍ من المصطلحات القانونيّة توفي سنة 1971م. نقلا عن موقع ويكيبيديا، الموسوعة الحرّة، تاريخ التصفّح 2018/01/18م.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج1، ص785.

[4] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الآخر لالتزاماته، فإنّ هذا الحق لا بدّ أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط والضوابط لأجل ألّا يُساء استعماله من طرف أيّ متعاقد تحت غطاء نصّ المادّة 119 من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها، فيؤدّي بذلك إلى الوقوف أمام حالة من حالات التعسّف في استعمال الحق، ومن بين هذه الشروط ما يلي:

1_ شروط استعمال حق الفسخ في الفقه الإسلامي: يشترط فقهاء الإسلام عدّة شروط قبل استعمال حقّ فسخ أيّ عقد لا بدّ أن تتوفّر عدّة شروط لذلك وهي[1]:

أ_ أن يكون العقد ملزماً للجانبين: فلا يرد الفسخ إلاّ على العقود المُلزِمَةِ للجانبين كالبيع والإيجار، لأن الفسخ يقوم على فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً، أما العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة وهبة التبرع، فلا يتصور الفسخ فيه، لأن الملتزم طرف واحد، وليس هناك معاوضة أو مبادلة، حتى يلجأ الطرف الآخر إلى الفسخ لحماية مصلحته.

ب_ مخالفة شرط في العقد: سواءٌ كان شرطاً صريحاً أو ضمنياً أو حكماً في العقد، فإذا وضع المتعاقدان شروطا في العقد واتفقا عليها، ثمّ خالف أحد العاقدين ما اشترطه عليه العاقد الآخر صراحة، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً، أو كان الالتزام مقرراً بمقتضى العقد، جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد، لاستحالة تنفيذ الالتزام المطلوب.

جـ_ انعدام الرضا الصحيح: فإذا لم يرض العاقد بالخلل الحاصل أو كان رضاه مشوباً بعيب من عيوب الإرادة أو الرضا وهي الغلط والإكراه والتدليس، كان له حق المطالبة بفسخ العقد بالتراضي أو بالتقاضي، أما إن رضي بما آل إليه أمر المعقود عليه من هلاك كلي أو جزئي، فَيَسْقُطُ حَقُّهُ في الفسخ.

2_ شروط استعمال حق الفسخ في النظام القانوني: فمن أجل استعمال حقّ الفسخ لابدّ من توفّر مجموعةٍ من الشروط منها ما يلي:

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ص3161.

أ_ أن يكون العقد ملزما للجانبين: فالقانون يَشْتَرِط عند فسخ العقد أن يكون العقد المراد فسخُه من العقود التي تُلزم الجانبين معاً، كي يثبت للمتعاقد حقّ فسخ العقد.[1] مع أنّ بعض العقود هي في الأصل مُلزمة لجانب واحد إلّا أنّها قد تصبح ملزمةً للجانبين كالتبرّع والهبة إذا كانا بعوضٍ.

وهذا الشرط لابدّ أن يتوافر في جميع أنواع الفسخ، لأنّ هذا النّوع من العقود ينشيء التزامات متقابلة، ونتيجةً لذلك إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، فإنّه لابدّ من إعطاء المتعاقد الآخر حقَّ المطالبة بالفسخ، ففي عقد البيع مثلا، يكون كلٌّ من البائع والمشتري دائناً ومديناً في الوقت ذاته، فالبائع يلتزم بنقل الملكيّة وتسليم المبيع وضمانه، في حين يلتزم المشتري بدفع الثّمن،[2] وكذلك عقد الإيجار الذي يلتزم فيه المؤَجّر تمكينَ المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجّرة، مع ضمان الانتفاع بها خلال المدّة، ويلتزم المستأجر في مقابل ذلك بدفع الأجرة كما يُحافظ على العين ويردّها عند انتهاء العقد، ولا يجوز استئثار المؤجّر بفسخ العقد دون سبب، وفي ذلك جاء قرار المحكمة العليا: " إيجار _ صيانة العين المؤجّرة _ التزامات المؤجّر _ إعذار المؤجّر _ قيام المستأجر بالترميمات _ عدم مراعاة المادّة 480 من القانون المدني". قرّرت أنّ المؤجّر بعد إعذاره إذا تأخّر عن القيام بالالتزامات المبنيّة في المادّة 479 من نفس القانون، جاز للمُستأجر وبعد حصوله على ترخيص من المحكمة إجراء ذلك بنفسه واقتطاع ما أنفقه من ثمن الإيجار مع الحقّ له في طلب فسخ الإيجار وإنقاص ثمنه، ولما ثبت من القرار المطعون فيه أنّ الإجراءات القانونيّة المشار إليها لم تراعى من طرف المدّعى عليه في الطعن قبل رفع دعواه أمام المحكمة للمطالبة بتعويض مقابل الترميمات والإصلاحات التي أدخلها على العين المؤجّرة، فإنّ القرار جاء منعدم الأساس القانوني ممّا يتعيّن التصريح بنقضه".[3]

---

[1] Christian Lopayade Dechamps. Droit Des Obligations. Ellipes. Paris. 1998. P113.
[2] Jaque Guestin. Christophe Jamin. More Billiau. Traité De Droit Civil. Les Offerts Du Contrat.L G D J.Paris. 2éme Ed. 1994. P46.
[3] المحكمة العليا، القرار رقم 196762 بتاريخ" 2000/01/19م.

ب_ الإخلال بتنفيذ الالتزام: بالإضافة إلى الشرط السالف الذكر أي أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، لابد أيضاً أن يكون أحد المتعاقدين قد أخلّ بالتزامه الناشئ عن العقد المراد فسخه، وأن يكون هذا الإخلال راجعاً إلى خطإِ المدين ذاته.

ويستند طلب الفسخ إلى نصّ المادّة 119 من القانون المدني الجزائري وفق ما تم تقريره سابقاً، فهذه المادّة هي التي تخوّل للمتعاقدين حقّ المطالبة بالتحلّل من العلاقة العقديّة بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، وعليه فيكون من حقّ الدائن المطالبةُ بالفسخ متى وقع الإخلال بالالتزام فعلاً، ويكون ذلك بفعل المدين، وأن تستمرَّ واقعةُ الإخلال بالالتزام متى صدر الحكم النهائي بالفسخ، لكن لا بدّ أن يعطى أجلٌ للمتعاقد لتنفيذ التزاماته، ولا يفسخ العقد مباشرة بعدم تنفيذه، وإذا وقع فهو تعسّف في استعمال حقّ الفسخ، وفي مثل ذلك جاء قرار المحكمة العليا في الطعن الموجّه إليها، أنّ قُضاة المجلس لما منحوا للمطعون ضدّها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنيّة الاستثنائيّة السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدمُ وفاء الدائن للالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقّتة، يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقاً سليماً.[1] **جـ_ تنفيذ الدائن للالتزام الناشئ عن العقد:** فيُشترط في طلب الفسخ أن يكون المطالب به قد نفّذ التزامه الناشئ عن العقد، أو أن يكون مستعدّاً لتنفيذه، فإن هو لم ينفّذه، ولم يكن مستعدّاً لتنفيذه، فلا يحقّ له أن يطلب فسخ العقد، لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمّته من التزام، إذ ليس من العدل أن يُخلَّ هو بالتزامه ثمّ يطالب بالفسخ بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزامه، أمّا إذا استحال على الدائن تنفيذ التزاماته، فإنّ العقد ينفسخ بقوّة القانون. **د_ القدرة على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد من جانب الدائن:** فلا بدّ أن يكون طالب الفسخ قادرا على إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، حيث يكون بإمكانه ردّ ما قد أخذه أو تسلّمه من جانب الدائن، فإن تسلّم شيئاً بمقتضى العقد، فالتزامه بالضمان اتجاه ما تسلّمه يحول دون حقّه في المطالبة بالفسخ.

---

[1] المحكمة العليا، قرار رقم: 212782 بتاريخ 2000/01/12م.

هــ_ إعذار المدين:

لا يجوز للدائن في العقود الملزمة للجانبين، أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، إلا بعد أن يقوم بإعذاره بواسطة الكاتب، أو بما يقوم مقام الإنذار، كما يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبيّن في القوانين الخاصة، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، ويعفى الدائن من الإعذار في حالات معينة وهي: إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، أو إذا كان مَحَلُّ الالتزام رد شيء يعلم أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عا لم بذلك، أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

وتجدر الإشارة إلى أن الفائدة من الإعذار السابق على رفع الدعوى في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ، وبالتالي قبول الدعوى من ناحية، ومن ناحية أخرى يجعل القاضي أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض، إضافة إلى الحكم بفسخ العقد، وإذا سكت الدائن عن مطالبة المدين بعد حلول أجل التنفيذ، فإن ذلك السكوت يدل على التسامح، وبالتالي لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالتعويض عن تأخيره في تنفيذ التزامه طالما أنه لم يعذر المدين بذلك، ولكن المطالبة القضائية تقوم مقام الإعذار، وبالتالي يحق للدائن أن يطالب المدين بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، نتيجة تأخير المدين في تنفيذ التزامه اعتباراً من تاريخ المطالبة القضائية.

ثالثا: أسباب استعمال المتعاقد حق الفسخ.

1_ الفسخ بسبب فساد العقد: إذا وقع العقد فاسداً، كبيع المجهول وكأن يبيع الرجل شيئا لا يُعلم نوعه أو مقداره مثلا، أو البيع المؤقت بمدة وجب فسخه إما من طريق العاقدين، أو من طريق القاضي، إلا إذا وجد مانع من الفسخ.[1] كخروج المبيع من ملك المشتري أو زيادة

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص3133.

المعقود عليه، أو رهنه من طرف المشتري.

2_ فسخ العقد بسبب فوات شرط من شروط البيع: هناك شروط للبيع إذا فاتت بطل العقد فلا يرد عليه الفسخ، وذلك مثل اشتراط أهلية العاقد، فلو كان العاقد سفيهًا، أو مجنونًا، أو صبيًا غير مميز لم ينعقد العقد أصلًا، وبالتالي لا يرد الفسخ بفوات مثل هذا الشرط.

ومثل ذلك اشتراط أن يكون المعقود عليه مالاً عند الجمهور، وعند الحنفية مالًا متقومًا، فلو فات هذا الشرط بأن كان المعقود عليه ليس بمال، كما لو عقد على خمر، أو على ميتة، لم يرد الفسخ بفوات مثل هذا الشرط، لعدم انعقاد العقد في مثل هذه الحالة.

كذلك أن يكون المعقود عليه معلومًا، فلو فات هذا الشرط بأن كان المعقود عليه مجهولًا، لم يرد الفسخ بفوات مثل هذا الشرط لعدم انعقاد العقد في مثل هذه الحالة، لأنّ فوات مثل هذه الشروط توجب بطلان العقد، والعقد الباطل ليس محلًا للفسخ.

وهناك شروط إذا فاتت كان فواتها محل خلاف بين الفقهاء هل ينفسخ العقد بفواتها أو لا ينفسخ، مثل فوات الشرط كأن يكون العاقد غير مالك للمعقود عليه، ولا مأذونًا له في التصرّف، ومثل فوات شرط الرّضا، كما لو أُكْرِهَ العاقد على العقد.

3_ فسخ العقد بسبب وجود خيار في العقد: يعرّف الخيار في العقد: "بأنه حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي".[1] ونحن بذلك نعرّف الارتباط الوثيق بين الخيار والفسخ، فالخيار ما شُرِع إلا لأجل التحلل من رابطة العقد، فهو يحوِّل العقد اللازم كعقد البيع إلى عقد جائز، وقولنا: الخيار في العقد بأنه حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، يعني ذلك أن الخيار راجع إلى إرادة العاقد، والخيار بأنواعه المختلفة إنما شرع لدفع الضرر عن العاقد، وهذا الضرر تارة يكون متوقعًا كالعيب في المعقود عليه، وتارة يكون واقعًا، كالغشّ في السلعة المباعة.[2]

[1] انظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج20، ص41.

[2] محمّد بن علي المازري، شرح التلقين، تحقيق: محمّد المختار، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1998م، ج2، ص217.

أما دفع الضرر المتوقع، فشرع الله له خيار المجلس وخيار الشرط، وذلك لدفع ضرر يتوقع العاقد حصوله، فيستدركه في مجلس العقد، أو في مدة الخيار، ويتخلص منه، ذلك أنّ العقد قد يقع بغتة من غير تروٍّ ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن الشريعة أن يُجعل للعقدِ خِيَارٌ يَتَرَوَّى فيه العاقدان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد ما فاته بأن يفسخ العقد قبل لزومه.

وإما لدفع ضرر واقع، كخيار العيب، والتدليس، والنجش وتلقي الركبان، والشفعة ونحوها، فجعل الشرع للعاقد الذي وقع تحت تأثير الغش والتدليس، أن يدفع عنه هذا الضرر بثبوت الخيار له في هذه الحالة، فيفسخ العقد، ويتحلل من لزوم العقد، فكان ثبوت الخيار من محاسن التشريع التي لا بد منها لدفع الضرر.[1]

وعليه فالغاية من مشروعية الخيار يرجع إلى سببين: إما التروي وجلب المصلحة، وإما تكملة النقص ودرء الضرر[2]، لأنّ الخيار إما أن يكون من جهة العاقد، أو من جهة المعقود عليه[3]، فإن كان الخيار من جهة العاقد: فهو خيار التروي، وله سببان: أحدهما: **المجلس**، والآخر: **الشرط**، وهذا القسم هو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند إطلاقه، وإن كان من جهة المعقود عليه فهو خيار النقيصة[4]، وهو ما موجبه ظهور عيب أو استحقاق في المبيع كَتَمَهُ البائع.[5] ففي **خيار المجلس** مثلا: يرى الشافعية، والحنابلة[6]، أن كل واحد من العاقدين يملك فسخ العقد والرجوع عن البيع ما دام العاقدان في مجلس البيع لم يتفرقا بأبدانهما بمقتضى خيار المجلس، ويرى الحنفية وعند المالكيّة البيع لازم، ولا يملك أحد العاقدين الرجوع عن العقد إلا

---

[1] أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، المعاملات الماليّة أصالة ومُعاصرة، المرجع السابق، ج7، ص375_376.

[2] محمود الغيتابي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط: 1، 1420هـ_2000م، ج10، ص342.

[3] انظر: شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمّد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط: 1، 1994م، ج5، ص25.

[4] محمّد العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلميّة، ط: 1، 1416هـ_1994م، ج6، ص301.

[5] محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص112.

[6] انظر: الرملي، نهاية المحتاج المرجع السابق، ج4، ص3. وانظر: ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج3، ص484.

برضا صاحبه، ولا يشرع خيار المجلس[1].

وأما خيار الشرط، وهو خيار يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما، بموجبه يكون لمن له الخيار الحق في فسخ العقد خلال مدة معينة، فإن لم ينقضه نفذ، وقد ذهب الأئمة الأربعة إلى القول بخيار الشرط، وأن من اشترط الخيار فله الحق في فسخ العقد بعد إبرامه.[2]

وأما خيار العيب، فهو خيار متفق عليه بين الفقهاء، قال ابن قدامة[3]: "متى عَلِمَ المشتري بالمبيع عيبًا، لم يكن عالما به، فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم، ولا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافًا".[4]

وأما خيار الغبن، وهو ثبوت حق فسخ البيع، أو إمضائه لمن وقع عليه غبن من المتعاقدين، وصورته أن يبيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، أو يشتريها كذلك[5] والغبن إن كان يسيرًا فلا يؤثر في صحة المعاملة، وإن كان كثيرًا فهو محرم، وفي مسألة إعطاء الحق للمغبون في فسخ العقد تفصيل، فإذا كان المشتري عالما بالغبن، وقد دخل على بينة، فليس له الحق في فسخ العقد وإلّا كان متعسّفا في ذلك.

وأما خيار الرؤية: فهو حق يثبت به للفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره[6]، ومن هنا يظهر ارتباط هذا الخيار في بيع السلعة المعينة الغائبة التي لم

---

[1] انظر: السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج13، ص156.

[2] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص174. وانظر: أبوا محمّد عبد الوهّاب، التلقين، المرجع السابق، ج2، ص363. وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص46. وانظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج2، ص45.

[3] **ابن قُدَامَة** (597 – 682 هـ = 1200 – 1283 م) عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي ا الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين: فقيه، من أعيان الحنابلة. ولد وتوفي في دمشق، أنظر: الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، ج3، ص329.

[4] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4، ص108.

[5] عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: محمّد عوض __ عادل أحمد، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط: 1، 1417هـ_ 1997م، ج4، ص236.

[6] انظر: برهان الدين أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المرجع السابق، ج7، ص181.

يسبق لها رؤية، فالقول بخيار الرؤية إيجابًا ونفيًا مرتبط كل الارتباط بجواز بيع الغائب المعين صحة وفسادًا، فالذين منعوا بيع الشيء المعين إذا كان غائبًا لا يثبتون خيار الرؤية، والذين أجازوه لم يمنعوا من ثبوت هذا الخيار.

4_ فسخ البيع بسبب الاختلاف بين المتعاقدين: إنّ العقد الذي اختلف فيه المتبايعان، ولم يكن لأحدهما بينة توجب قوله، فإن ذلك الاختلاف قد يوجب فسخ العقد في الجملة، إذ من الاختلاف ما يكون القول فيه للبائع، ومنه ما يكون القول فيه للمشتري، وهناك من الاختلاف ما يوجب تحالف المتعاقدين، ثم يفسخ العقد إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر، كأن يشتري سلعةً بثمنٍ معيَّن والسلعة موجودة لا تالفة، فيقول البائع بعشرة والمشتري بثمانية ولا بيِّنة لأحدهما، والقول بالفسخ تجده قولاً ضمن أقوال كثيرة في المسألة الواحدة، فالذي يريد أن يقف على مسائل الفسخ الذي يوجبها اختلاف المتعاقدين يجب عليه أن يراجع مسائل اختلاف المتعاقدين، وهذا ليس محلّ بحثنا، وتفصيله في كتب المعاملات.

5_ الفسخ بسبب أنّ العقد من العقود الجائزة: هناك عقود طبيعتها الجواز وعدم اللزوم، ففيها يجوز لأحد العاقدين أو كليهما أن يستقل بالفسخ مثل: الوديعة، والوكالة ونحوها من العقود غير اللازمة، وذلك لأنها مبنية على التبرع إلا أنه يشترط ألا يتضمن فسخ العقد إضرارًا بالطرف الآخر، فإن العقد الجائز قد يتحول إلى عقد لازم إذا تضمن فسخ العقد إضرارًا بالعاقد الآخر، فالتفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضّرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه".[1]

6_ فسخ العقد لعدم التنفيذ: يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد كما تقدم. ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية (قوة قاهرة أو ظروف طارئة بتعبير القانونيين) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم.

---

[1] زين الدين بن أحمد بن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد "قواعد ابن رجب"، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1419 هـ، ص110، القاعدة رقم 60.

المطلب الثاني:

الشروط العقديّة كسبب من أسباب الفسخ.

قد تتأثّر العلاقة العقديّة بعدّة عوامل ومؤثّرات خارجة عن ماهيّة العقد، بحيث تؤدّي في غالب الأحيان إلى حصول إخْلَالٍ بتوازن هذه العلاقة، خاصّةً إذا نتج عن ذلك إخلالٌ بمبدأِ الرّضائيّة فيها، ومن أبرز العوامل والمؤثّرات التي لها أثر على هذه العلاقة، ما يُعرف بالشّرط التعسُّفي وما يعبّر عنه بالفسخ التعسّفي للعقد، إذْ يُعتبر كلٌّ منهما خطر على العقد المبرم، ولذلك اهتم كل القائمون والمختصون في العلاقات العقديّة والسّاعون لتنظيمها، بضبط هذين العاملان ومحاولة التقليل من تأثيرهما على العقود إمّا بالتضييق من دائرتهما، أو بإيجاد الوسائل الرّادعة لهما، ولدراسة ذلك قسّمنا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأوّل: اختلال التوازن العقدي بسبب الشّروط التعسفيّة.

الفرع الثّاني: الشرط الجزائي وأثره على العقد.

الفرع الأوّل: اختلال التوازن العقدي بسبب الشّروط التعسفيّة.

يُعدّ الشرط التعسُّفي من الشّروط المقترنة بالعقد، ودائماً ما يترتّب عليه اختلالاً في التوازن العقدي، بسبب مساس مثل هذه الشروط بمبدأ الرضائيّة، والذي يقضي بأن يكون للإرادة دورٌ في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه وتحديد أثاره، فللمتعاقدين كامل الحريّة في الاتفاق على وضع الشّروط التي يظهر لهما أنّها تُحقّق أكثر فائدةٍ لكل منهما، لكنّ ذلك قد يؤدِّي إلى حدوث شيءٍ من عدم التوازن في هذه العلاقة، لا سيما إذا كان أحد المتعاقدين يتمتّع بسلطةٍ أو نفوذ مهني أو معرفي أو اقتصادي، يحقّق له منفعةً أكبر بكثيرٍ من المنفعة التي يحصّلها الطّرف الآخر، وهذا هو مضمون الشّرط التعسُّفي.

أوّلاً: مفهوم الشّرط التعسُّفي.

"الشّرط التعسّفي"، كلمة مركّبة من مصطلحين: "شرط"، و "تعسّف"، وقد سبق وأن تناولنا المعنى اللغوي والاصطلاحي للشّرط، كما عرّفنا التعسّف في الفصل الأوّل من هذه المذكّرة، ومجمل ما قيل في تعريف هذين المصطلحين، هو أنّ الشّرط يعني التزام الشّيء وإلزامه، أمّا التعسف فهو مشتقٌ من "عسف"، وتعسّف: بمعنى مال أو حاد عن الطريق وعدل عنه، أمّا التعريف المركّب له فنجده عند فقهاء القانون، أو في النّصوص التشريعيّة المختلفة.

1_: التعاريف الفقهيّة للشّرط التعسّفي: لقد أورد العديد من رجال الفقه القانوني تعريفات مختلفةٍ للشّرط التعسُّفي، ومن أهم هذه التعريفات ما يلي:

أ_ عُرّف الشّرط التعسّفي بأنّه:" ذلك الشّرط الذي يُفرَض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجةَ التعسّف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية، بغرض الحصول على ميزة مجحِفَةٍ"[1].

ما يلاحَظُ على هذا التعريف أنّه ركّز على العلاقة التعاقديّة، فجعل الغير المستهلك أو غير المهني هو الطرف الضعيف، بينما المهني هو الطرف الأقوى الذي يفرض الشروط، ويتعسّف (يميل عن الصواب) عند استعماله لسلطته الاقتصادية، وعليه يعتبر ما فرضه من الشروط تعسفاً في حق الطرف الآخر.

ب_ وعرّف أيضاً أنّه:" الشّرط الذي يرفع موجب العقد، والشّرط الذي يؤدّي إلى جهالةٍ في المعقود عليه، واشتراط أمر غير مشروع".[2]

---

[1] السيد محمّد عمران السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد – دراسة مقارنة – منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1405هـ _ 1986م، ص32.

[2] المجلس الأعلى للشّؤون الدينيّة، موسوعة جمال عبد النّاصر في الفقه الإسلامي، مطابع الأهرام، مصر، د: ط، د: ت، ج11، ص251.

وفي الحقيقة هذا التعريف لا يعبّر أساساً عن الشّرط التعسّفي، وإنّما ركّز على موجبات العقد وهو غير مضبوط من حيث الصياغة والنسق.

جــ كما عرّف الشرط التعسفي في الفقه القانوني بأنّه:"كلّ شرط يتّفق عليه المتعاقدان ويؤّدي إلى الإخلال بالتّوازن فيما بين حقوق والتزامات المتعاقدين، والتي تكون دائماً في مصلحة الطّرف الذي يتمتّع بالمهنيّة أو المعرفيّة أو الحرفيّة أو النّفوذ الاقتصادي"[1].

وهذا التعريف فيه ضبط لماهيّة الشّرط التعسّفي، وفيه تعميم "كلّ شرط"، فيشمل كلّ الشروط التي تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي، بحيث غالبا ما تؤدّي إلى تحقيق مصلحةٍ كبيرة للطرف الذي يتميّز بالمهنيّة أو المعرفيّة أو الحرفيّة والنّفوذ بالنّسبة للطرف الآخر الذي لا تتوفّر لديه هذه الأوصاف.

دـ الشّرط التعسّفي هو:" الشّرط المحرّر مُسبقاً من جانب الطّرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يُخوّله ميزةً فاحشةً عن الطرف الآخر".[2] وقد ركّز هذا التعريف على توقيت الشّرط التعسفي، وأن هذا الشّرط يكون من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي.

هــ وجاء في تعريف الشّرط التعسّفي أيضاً على أنّه:" شرطٌ في العقد يترتب عليه عدم توازنٍ واضح ـممقوتـ بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتّبة على عقد الاستهلاك، تتمثّل في مكافأة هذا المِهني بميزةٍ نتيجة استخدامه لقوّته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك".[3]

---

[1] ريما فرج مكي، تصحيح العقد – دراسة مقارنة –، المؤسّسة الحديثيّة للكتاب، لبنان، الطبعة: الأولى ،1422هـ_2011م، ص35.

[2] سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1418هـ_1998م، ص50.

[3] محمّد عبد الباقي، الحماية العقديّة للمُستهلك، مُنْشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1424هـ_2004م، ص402.

نلاحظ أنّ هذا التعريف قد حصر الشروط التعسفيّة في العقود الاستهلاكيّة أو في مجال الاقتصاد فقط، في حين أنّ الشروط التعسفيّة قد تمسُّ مجالات عديدة من مجالات الحياة.

و_ ونجد من رأى بأنّ الشّرط إنّما يُعدّ تعسّفيًا إذا كان مُجْحفاً أو كان في غير مصلحة المستهلك شرط مُفرِطٌ ومبالغ فيه، بما يتنافى مع حسن النيّة الواجب في المعاملات، وهو يكون تعسّفيّاً على الأخصّ إذا كان مُخالفًا أو غير متوافقٍ مع الفكرة الأساسيّة للتنظيم القانوني أو محدّدا للحقوق والواجبات النّاشئةِ عن صيغة العقد بما يتنافى مع روح الحق والعدالة".[1]

هذا التعريف قد وضع ضوابط للشّرط التعسّفي وهي: أن يكون مجحفا في حقّ أحد الأطراف (المستهلك)، أو أن يكون في غير مصلحة المستهلك، أو يكون مخالفاً أو غير مُتوافقٍ مع الفكرة الأساسيّة للقانون أو الحقوق والواجبات النّاشئة عن صيغة العقد، أو يكون منافيا للحقّ والعدالة، لكن هذه الضوابط ليست مطّردة في جميع العقود، إذ قد تتحقّق هذه الضوابط ولا نكون بصدد شرطٍ تعسّفي، كما قد تتحقق ضوابط أخرى يتحقّق بها الشّرط التعسّفي.

كخلاصة لما سبق يمكن القول أنّ هذه التعريفات قد اتّفقت وأجمعت على جعل مناط الشّرط التعسُّفي هو تلك الميزة التي يتحصّل عليها الطّرف القويُّ على حساب الطّرف الضعيف.

2_ التعاريف القانونيّة للشّرط التعسّفي: لم يرد تعريف الشرط التعسّفي عند أغلب التشريعات في نصوص القانون المدني، ذلك أنّ مهام المقنِّن هو تنظيم النصوص والأحكام لا صياغة التعريفات والحدود، لذلك ورد تعريفه في النّصوص الخاصّة بحماية المستهلك، ومن بين مختلف التعريفات القانونيّة للشرط التعسفي ما يلي:

---

[1] محمّد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن _دراسة مقارنة_، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، د: ط، 1426هـ_2006م، ص235.

أ_ **تعريف القانون الفرنسي للشّرط التعسّفي**: حيث ورد في أحد نصوص هذا القانون تعريف الشرط التعسفي:

"Cette condition imposée par le professionnel au non professionnel ou au consommateur par l'arbitraire dans l'usage de l'excellence économique et permettant l'accès à un avantage exagéré".

بمعنى أنّه:" ذلك الشرط الذي يُفرض بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلك من خلال التعسّف في استخدام التفوّق الاقتصادي وتسمح بحصول ميزةٍ مبالغٍ فيها".[1] ثمّ أعاد المقنّن الفرنسي تعريف الشروط التعسفيّة في قانون الاستهلاك حيث نصّ على أنّه:

"Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs، les conditions dans lesquelles l'objet ou ses effets sont préjudiciables aux non professionnels ou au consommateur sont un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat".

بمعنى أنّ:" في العقود المبرمة ما بين المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفيّةً الشروط التي يُحدث موضوعها أو أثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".[2]

[1] المادة 35، من القانون الفرنسي رقم 78_23 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسِلع والخدمات.

[2] المادّة 132 من القانون رقم 95 _ 96 الصادر في 01 فيفري 1995م، المتضمّن قانون الاستهلاك.

يلاحظ في هذا التعريف اقتصاره على ذكر الشّروط التي تُفرض على المستهلك، والذي يعتبر طرفا ضعيفا بالنّسبة للطّرف الآخر، ثمّ وسّع المقنن الفرنسي من هذه الشروط ولم يقتصر على الشروط التي يفرضها المحترف على المستهلك، وإنّما جعل أيّ شرطٍ يخلُّ بتوازن حقوق وواجبات أطراف العقد هو شرط تعسّفي.

ب_ تعريف القانون الجزائري للشّرط التعسُّفي: عرّف المقنن الجزائري الشرط التعسّفي بقوله:" شرطٌ تعسُّفي كلُّ بندٍ أو شرطٍ بمفرده أو مشترِكاً مع بندٍ واحد أو عدّة بنودٍ أو شروطٍ أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".[1]

يلاحظ على هذا التعريف أنّه ركّز في تعريف الشّرط التعسّفي على ذلك الإخلال الظاهر الذي من شأنه أن يؤثّر في توازن حقوق وواجبات أطراف العقد، فيكون الشّرط تعسُّفياً إذا أحدث هذا الإخلال سواءٌ بمفرده أو عند اشتراكه مع بنودٍ أو شروط أخرى.

وبعد هذا العرض وتلك المناقشات يمكن تعريف الشرط التعسّفي بأنّه: "ذلك القيد الذي يضعه أحد المتعاقدين عند إبرام العقد لأيّ سببٍ كان، الذي ينتج عنه اختلال في توازن المصالح بين الطرفين، أو يؤدّى إلى تحقيق ميزة مجحفةٍ لطرفٍ على حساب الطرف الآخر".

3_ التكييف الفقهي للشّرط التعسّفي: يمكن تكييف الشرط التعسفي في الفقه الإسلامي على أنّه كلُّ شرطٍ يخالف مقتضى العقد، وقد سار الفقهاء إلى إعطاء بعض الصيغ التي حصروا فيها هذه الشروط ولم يعتبروها تعسفيّة وإنّما قد حكموا إمّا ببطلانها أو فسادها، وهذا استنادا إلى ما قدّمناه سابقا فيما يتعلّق بموقف الفقه الإسلامي من الشروط المقترنة بالعقود، وممّا ورد في مفهوم للشّرط التعسفي أنّه: "وجود شرط فاسد أو مفسد في العقد وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ويمكن حصر

[1] القانون رقم: 04_02 في 23 حزيران 2004م الخاص بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة المادّة 03، الفقرة الخامسة، انظر الجريدة الرسميّة الجزائريّة الصادرة في 27 يونيو، العدد: 41، ص4.

أسباب الفساد كما تقدم في ستة: الإكراه، والغرر، والجهالة، والتوقيت، والضرر الذي يصحب التسليم، والشرط الفاسد، ومنه الربا".[1]

كما يُسَمَّى هذا النّوع من الشروط في الفقه الإسلامي بالشرط المفسد، وهو كل شرط فيه نفع لأحد المتعاقدين وبالمقابل فيه ضررٌ للمتعاقد الآخر، إذا لم يكن قد ورد به الشرع، أو جرى به العرف، أو يقتضيه العقد، أو يلائم مقتضاه.

ثانيا: أثر الشّرط التعسفي في فسخ العقد.

يظهر الشرط التعسّفي في العقود لدى مراحل إبرامه، فقد يكون تعسّفيا نظرا لطريقة إبرامه، أو لصفة أحد المتعاقدين حولَه، كأخذ حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة إذ تكون هذه الصفة مختلفةً ومتفاوتةٌ من حيث الحقوق والالتزامات والنتائج التي تترتب على العقد، فيتجسّد هذا الاختلاف في عقدٍ يغيب فيه التفاوض ما يؤدّي إلى إرساء الشرط التعسّفي، كما تمثّل خصوصيّة عقد الإذعان[2] إحدى مسبّبات البند التعسّفي، لما فيه من خصائص مميّزة للعلاقة بين طرفي العقد والتي تتميّز غالبا بالتفاوت وعدم التساوي، وهذا التفاوت بين المتعاقدين يفيد بالضرورة عدم وجود حالة التوازن بين الطرفين، كما يوحي بوجود تعسّفٍ في استعمال الحق من جانب أحد الطرفين، فيكونُ لأحد الطرفين أن يختار بنفسه محتوى العقد ويُملي شروطه على المتعاقد الآخر فيتعسّف في استعمال حقّ الفسخ بعكس الطرف الآخر، الذي يكون حتما في وضعيّة الضعيف إزّاءه، ويبرز هذا التفاوت سواءً على المستوى الواقعي والقانوني، أو على المستوى الاقتصادي والتقني.

---

[1] انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج4، ص3166.

[2] **عقد الإذعان**: هو من بين العقود التي تعتمد على استخدام أنموذجٍ نمطيٍّ للعقد يُعدُّه أحد طرفي العلاقة التعاقديّة بصورة مُنفردةٍ ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلّا الموافقةُ عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له الحق في أيّ تغيير فيما يتضمّنُه، وليس له أن يدخل في مُجاذبةٍ أو مساومةٍ على شروطه مع الطرف المعدّ لهذا العقد.

1_ الشّرط التعسّفي في الفقه الإسلامي:

يقسّم الفقهاء الشروط مبدئياً إلى شروطٍ شرعيّةٍ وشروطٍ جعليّة، **فالشرعية** هي ما كانت راجعةً إلى خطاب التكليف، أو خطاب الوضع، فتكون إمّا للوجوب أو للصحَّة أو للّزوم، كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع، وإمّا أن تكون راجعةً للنّفاذ.

بينما الشروط **الجعليّة** فهي تلك التي يشترطها المكلّف في العقود، وقد تناولتُ حكمها في الفصل السابق، ومن ناحية وجود التعسّف وترتبه، هناك عدّة صورٍ قد تطرأ على عقود المعاوضات تُعتبر من قبيل الشروط التعسفيّة في العقود.

أ_ اشتراط القرض في عقد البيع: اتفق فقهاء الشريعة الإسلاميّة من حيث الجملة على عدم جواز اشتراط القرض في عقد البيع[1]، سواء أكان الشرط تعليقياً كقوله: بعتك داري إن أقرضتني مبلغا من المال، أو اقترانيا مثل: بعتك داري على شرط أن تقرضني كذا. قال الحطاب: "واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف".[2] وهو مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى.

والدليل على ذلك ما جاء عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**لا يحل سلف وبيع**"[3]، أي لا يجوز شرعا اقتران البيع بالسلف.

وجاء في الأم للإمام الشافعي: والبيع والسلف الذي نهى عنه أن تنعقد العقدة على بيع وسلف، وذلك كقولك: أبيعك هذا لكذا على أن تسلفني كذا.[4] وسئل الإمام أحمد ما معنى "نهى عن سلف وبيع؟ قال: أن يقرضه قرضا ثم يبايعه عليه، ويحتمل أن يكون بمعنى أن يسلفه

---

[1] انظر: الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، دار السعادة، مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ، ج5، 29.

[2] محمد الحطاب، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ_1992م، ج4، ص391.

[3] أخرجه النسائي، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، ج7، ص295، رقم الحديث: 4630.

[4] الشافعي، الأم، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب السنّة في الخيار، ج3، ص77.

شيء فيقول إذا لم يتهيأ عندك فهو بيع عليك[1].

ب_ حكم تعليق عقد البيع على شرط من الشروط: يذكر الفقهاء هذه المسألة تحت عنوان البيع المعلق على شرط، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك، ويمكن حصر الخلاف في رأيين:

_ رأي جمهور الفقهاء، من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في مشهور مذهبهم، والذين يرون بعدم جواز تعليق عقد البيع على شرطٍ، وعدم تصحيح البيع المعلّق.[2]

_ الرأي القائل بجواز تعليق البيع على الشرط، ويصح البيع عندهم مع التعليق، فإذا تحقق ما علق عليه العقد ترتبت آثاره، وهو قول عند الحنابلة[3]، اختاره شيخ الإسلام وذهب بعض الحنفية إلى القول بصحة صورٍ من البيع المعلق بالشّرط إذا قيد التعليق فيها بمدة ثلاثة أيام.[4]

جـ_ الشروط الاقترانيّة أو التقييديّة: وتنقسم هذه الشروط إلى شروط صحيحة وأخرى فاسدة وفق تقسيم الجمهور، أو إلى صحيحة وفاسدة وباطلة حسب تقسيم الحنفية[5]،

د_ ضوابط الشروط الصحيحة: لقد اتفق الفقهاء من حيث الجملة على ضوابط معينة للشرط الصحيح وهي: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره. واشتراط ما يقتضيه العقد. واشتراط ما ورد الشرع بجوازه. لكن اختلفوا في بقية الضوابط الأخرى، حيث أضاف كل مذهب ضوابط معينة حسب التفصيل الآتي:

---

[1] إسحاق المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، عمادة البحث العلمي، المدينة المنوّرة، المملكة العربية السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1425هـ-2002م، ج6، ص2634.

[2] انظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج6، ص195.

[3] تقي الدين ابن تيميّة، نظريّة العقد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ص227.

[4] خالد بن عبد الله الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك، المطابع الوطنيّة الحديثيّة، الرياض، السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1420هـ_1999م، ص169.

[5] الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج26، ص11 _ 12 _ 13.

أضاف الحنفية ضابطين هما: ما يقتضيه العقد أو ما يلائم مقتضاه، وما جرى عليه التعامل[1]. وأضاف المالكية ضابطا آخر هو: ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه[2]. كما أضاف الشافعية والحنابلة ضابط اشتراط ما يحقق مصلحة للعاقدين[3]. وتفصيل المسائل المندرجة تحت الضوابط سالفة الذكر كما يأتي:

_ **اشتراط صفة لمحل العقد وقت صدوره:** كأن يشترط كون البقرة حلوبا، فهذا النوع محل اتفاق بين الفقهاء على جواز الشرط فيه[4]، ولا تعسّف في اشتراطه، وإذا تخلف الشرط فللمشترط الخيار بين فسخ العقد لفوات الشرط وبين إمضائه ولا يكون متعسّفا في استعماله لحقّ الفسخ.

_ **اشتراط ما يقتضيه العقد:** مثل: أن يشترط المشتري انتقال ملكية المبيع وتسليمه له، والانتفاع به، فإن العقد صحيح لأن هذا الشرط من مقتضياته، وهو محل اتفاق بين الفقهاء.[5]

_ **اشتراط ما ورد الشرع بجوازه:** كشرط الأجل والخيار وهو عند الحنفية لا يقتضيه العقد، ولكن ورد الشرع بجوازه رخصة وتيسيرا.

_ **اشتراط ما يلائم العقد بما جاء عند الحنفية:**[6] نحو اشتراط الرهن في عقد البيع من طرف البائع أو الكفيل. وقال المالكية: إن هذا الشرط مما لا ينافي مقصود العقد بل فيه مصلحة[7].

---

[1] انظر: السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج13، ص15 – 16.

[2] انظر: الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج1، ص439 – 440.

[3] جلال الدين المحلي، شرح منهاج الطالبين للنووي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، د: ت، ج2، ص179.

[4] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص174، وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج2، ص34، الدسوقي، الحاشية، المرجع السابق، ج3، ص108.

[5] علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهآء، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1405هـ_1984م، ج1، ص49.

[6] السمرقندي، المرجع نفسه، ج1، ص50.

[7] أبو العباس أحمد الصاوي، بُلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د: ط، د: ت، ج3، ص102.

ومصلحة العقد هو إطلاق الشافعية والحنابلة أيضا[1]، وقد وضع الشافعية شروطا خاصة في صحة اشتراط الرهن والكفيل، وهو جائز عندهم لأنه لا ينافي مقصود العقد بل هو في مصلحته كما هو عند الجمهور، أو جائز استحسانا كما هو عند الحنفية.

_ **اشتراط ما جرى عليه عمل الناس ولا يقتضيه العقد ولا يلائمه:** وهو شرط جائز عند الحنفية استحسانا خلافا لزفر منهم، فقد قال بعدم جوازه، مثل: أن يشتري نعلا بشرط أن يحذوه البائع، وذكر الحنفية أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين،[2] وعبر عنه المالكية بما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته، وجعلوه من قبيل اجتماع عقدين فأكثر في عقد واحد.

واعتبر الشافعية هذا الشروط مما ينافي مقتضى العقد، والقول الصحيح في المذهب بطلان العقد لأن العقد اشتمل على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري بعد، وقول في المذهب بالصحة لأن العمل في المبيع وقع تابعا له فاغتفر.[3] وذهب الحنابلة إلى أن مثل هذه الشرط مما فيه منفعة، وقالوا لأنها بيع وإجارة وكل من البيع والإجارة يصح إفراده بالعقد فجاز الجمع بينهما، وإنما النهي عن شرطين في بيع لا الشرط الواحد[4].

2_ الشرط التعسّفي في القانون الجزائري:

يتّفق الفقه القانوني على أنّ الشرط التعسفي لا يؤدّي إلى بطلان العقد، وإنّما يُزَالُ أثر التعسّف من هذا العقد، ويكون ذلك باعتماد أحد طريقتين، **الأولى:** هي بطلان الشّرط التعسّفي أو تعديله وسريان العقد بدونه، أمّا **الثانية:** فهي إعفاء المتعاقد من هذا الشّرط، مع

---

1 جلال الدين المحلي، المرجع السابق، ج2، ص172.

2 الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج5، ص174.

3 الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د: ط، 1386هـ_1967م، ج3، ص58.

4 البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المكتبة السلفيّة، المدينة المنوّرة، د: ط، د: ت، ج2، ص29-30.

بقاء العقد صحيحاً نافذاً بحيث لا يؤثّر هذا الشّرط التعسّفي على العقد، لكن في حال كون هذا الشّرط التعسّفي هو الدافع إلى التعاقد، فذلك يؤدّي إلى بطلان العقد.

وقد حرص المقنن الجزائري على تنظيم بعض العلاقات نظراً لوضعيّة الطرف الضعيف والتي تكون سبباً لإعمال التعسّف اتجاهه، كالعلاقة بين الأجير والمستأجر، إذ أنّ هذه العلاقة بين الأجير والمؤجّر يُحَكِّمُهَا النّظام العام الحِمائي بشكلٍ واسع، لدرجة أنّه لا يَتْرُكُ فيها مجالاً واسعا لاستعمال المؤجّر لحقّه تعسفاً إزّاء مُعاقده، من خلال وضع شروطٍ للعقد، كما لا يكون ضعف أحد طرفي العقد بسبب الحاجة فقط، وإنّما قد يعود كذلك إلى عوامل اقتصادية وتقنيّة ترجع إلى عدم التساوي بين المتعاقدين من ناحية القوّة الماليّة، فغالبا ما يقترن التفوّق الاقتصادي بالتفوّق التقني، إذ يكون الطرف القويّ اقتصاديا في وضعيّة قوّةٍ تقنيَّةٍ تسمح له بفرض شروطه على مُعَاقِدُهِ الذي يكون في وضعيّة ضعفٍ، وهذه الشروط قد تكون تعسفيّةٍ بالنّسبة للمتعاقد الأضعف.

ولذلك فإنّ إدراجَ البنود التعسفيّة في العقد يؤدّي حتماً إلى اختلالٍ في التوازن العقدي، فيتجلّى التعسّف من خلال تخفيف التزامات المتعاقد الأقوى، كما يمكن أن يتجلّى كذلك من خلال تشديد التزامات الطرف الضعيف في العلاقةِ التعاقديّة، وغالبا ما تمثّل تعسُّفاً في حقّ الدائن.[1] خاصّة إذا استقلّ واضع الشروط بحقّ استعمال حقّ الفسخ دون الطرف الآخر.

والشروط التعسفيّة هي في الأصل شروط جائزة ومشروعةٌ مبدئيّاً للضرورة مثل عقود الإذعان، ولكن يشوبها الإجحاف في حقّ أحد الطرفين، فالبيع مثلاً هو عقدٌ مُلزمٌ للطرفين فهو بذلك يُنشئ التزامات من جانب البائع محلُّها الرئيسي هو الثمن، ويمكن في هذا الشأن أن يعمد البائع المحترف والذي له خبرةٌ في مجال عمله إلى التنصيص على بندٍ يُعطيه الحق في

[1] B (STARK). R. Henri et B. Laurent. Droit civil. Obligations. Tome Contrat. 3éme édition. Paris. France. 1989. N 1527. P627.

تعديل خاصيات الشيء المبيع أو فسخ هذا العقد متى يشاء.

وفي هذا الإطار اهتم المقنن الجزائري بمسألة حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفيّة، ولم يكتف في ذلك بما أورده في القواعد العامّة، كالقانون المدني بل أصدر نصوصاً قانونيّة وتنظيميّة خاصّة بحماية المستهلك منها ما نصّت عليه المادّة 19 من القانون المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغشّ جاء فيها:" يجب ألّا تمسّ الخدمة المقدّمة للمستهلك بمصلحته الماديّة وألا تسبّب له ضررا معنويا".[1] كما جاء في المادّة 30 من القانون المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة أنّه:" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسيّة للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفيّة".[2]

3_ أثر الشروط التعسفيّة في فسخ العقود: فالشروط التعسفيّة قد تتعلّق بالعقد في مرحلة تكوينه أو تنفيذه فتكون سبباً في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقديّة[3]، فتأثير الشروط التعسفيّة يختلف باختلاف حالة العقد، إذ يكون في معرض تنفيذ العقد، كما يكون في حال عدم تنفيذه، وفي كلتا الحالتين قد يؤدّي إلى فسخ العقد، كما لو نصّ هذا الشرط وقضى بمنح طرف لحقّ فسخ العقد دون الطرف الآخر في حال النزاع، أو أن تؤدّي مثل هذه الشروط إلى جعل الطرف الضعيف يخشى من فسخ العقد وبالتالي تحمّل آثاره التي قد ترهقه، فيكون حق الفسخ حكرا للطرف القوي يتصرّف فيه بإرادته وكيفما يشاء ولو إضرارا بالطرف الآخر، وعلى العموم فإن مثل هذه الشروط يرد على العقود الملزمة للجانبين، ولا ينطبق على العقود الملزمة لجانب الواحد.

---

[1] القانون رقم (09 – 03) المؤرّخ في 25 فبراير 2009 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، انظر: الجريدة الرسميّة الجزائريّة الصادر في 08 مارس 2009، العدد: 15، ص16.

[2] القانون الذي يُحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة، المرجع السابق.

[3] سميح جان سفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفيّة، المجلّة القانونيّة، العدد: 7، 2001م، ص16.

أ_ فسخ عقد الإذعان بسبب الشروط التعسفيّة: نصّت المادّة 110 من القانون المدني الجزائري على أنّه:" إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسفيّة جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشروط، أو أن يُعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كلُّ اتفاقٍ على خلاف ذلك".[1]

فهذا النّص يدلّ على أن للشروط التعسفيّة أثر على عقد الإذعان فيما يتعلّق بالإعفاء أو جواز التعديل من القاضي، إذا كانت تخالف مقتضيات العدالة، لكن لم تنصّ هذه المادّة على جواز استعمال حقّ الفسخ، فاستعمال الطرف المذعن لحق الفسخ في هذه الحال وبدون حكم القاضي إنّما هو تعسّف في استعمال الحقّ.

لكن إذا وضع أحد أطراف العقد شروطاً في العقد، يمكن اعتبارها تعسفيّةً نظراً لجسامتها، فلا يكون الجزاء المترتب عليها هو إبطال الشروط فحسب، وإنّما يتعدّى ذلك فتؤدّي مثل هذه الشروط إلى فسخ العقد دون اعتبار ذلك تعسّفا في استعمال هذا الحقّ، ومن بين الشروط التي إن وجدت في العقد جاز فسخه ما يُعرف في القانون بالشّرط المحض، وهو ذلك الشرط الذي يتوقّف على إرادة الشّخص ومجرّد مشيئته، فيكون العقد إذا كان الشّرط واقفاً، ويزول إذا كان الشّرط فاسخاً بحيث يتوقّف على محض إرادة أحد الطرفين، كأن يتّفق في عقد الإيجار على أن يكون للمؤجّر أو للمستأجر حقّ فسخ العقد متى شاء، وهذا شرطٌ فاسِخٌ متعلِّقٌ بإرادة الدائنِ أو المدين حسب الأحوال.[2]

ب_ أثر الشروط التعسفيّة في فسخ عقود الاستهلاك.

بالإضافة إلى العقود المدنيّة فقد طبّق المقنن الجزائري التعسف في استعمال حق الفسخ في عقود الاستهلاك، حيث تنصّ المادّة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرّخ في 10

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] انظر: جلال محمّد إبراهيم، أحكام الالتزام، مصر، دار النهضة العربيّة، مصر، د: ط، 2001م، ص142_143.

سبتمبر 2006، والذي يحدد العناصر الأساسيّة للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفيّة، على ما يلي:" تعتبر تعسفيّة البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: ... _ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفةٍ منفردة، بدون تعويض المستهلك.

_ عدم السماح للمُستهلك في حالة القوّة القاهرة بفسخ العقد، إلاّ بمقابل دفع تعويض.

... _ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحقّ في التعويض في حالة ما إذا تخلّى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه...

ومن خلال هذا النّص يمكن ملاحظة ما يلي:

_ أنّ أي بند من الطرف القوي يهدف إلى السيطرة على العقد وجعله لصالحه، حيث يخوّل لنفسه دون الطرف الآخر بواسطة هذا البند مكنة فسخ العقد وبدون تقديم تعويض للطرف الآخر يعتبر فسخه بعد ذلك تعسّفا في استعمال حق الفسخ.

_ عدم السماح للطرف الآخر بفسخ العقد ولو استحال التنفيذ، إذ أنّ فسخ العقد في هذه الحالة يكون لازما فيحرم منه الطرف الضعيف، مع أنّ ليس فيه أي تعسّف، بل قد يكون من مصلحة الطرفين فسخ العقد.

_ يعتبر تعسّفا في استعمال الحق أيّ تصرّف يُخلّ بالتوازن العقدي، كأن يتحمّل الطرف الضعيف الخسارة في حالة فسخ العقد، دون أن يتحمّلها الطرف القوي[1].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرّخ في 11 سبتمبر 2006. انظر: الجريدة الرسمية الجزائريّة، العدد: 56، ص16.

كما نصّت المادّة 29 من القانون 02/04 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة على ما يلي:" تعتبر بنودا وشروطا تعسفيّة في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير: أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترفٌ بها للمُستهلك{...}امتلاك حقّ تعديل عناصر العقد الأساسيّة أو مميّزات المنتوج المسلّم أو الخدمة المقدّمة دون موافقة المستهلك{...}رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخلّ هو بالالتزام أو عدّة التزامات في ذمَّته".[1]

الفرع الثّاني: الشرط الجزائي وأثره على العقد.

يعتبر الشرط التعسفي من بين مختلف المفاهيم القانونيّة المعاصرة، حيث يلاحظ غياب التعبير عنه بهذا الاصطلاح في الفقه الإسلامي، رغم وجود عدّة تطبيقات لما يتضمّنه في مسائل فقهيّة كثيرة، فالشّرط الجزائي غالبا ما يقع على العقد ويؤثّر فيه خاصّة فيما يتعلّق بفسخه.

أوّلا: التعريف بالشّرط الجزائي.

إنّ كلمة الشرط الجزائي هي لفظ مركب من مصطلحين: "شرط"، و"جزائي"، أمّا الشرط وما يتعلّق به فقد عرّفته في المبحث السابق، وعليه نتطرّق لمصطلح "الجزائي" بتعريفه وبيان مفهومه، ثمّ نتناول التعريف العام للشّرط الجزائي كمركّب لفظي.

1_ تعريف الجزاء.

أ_ **لغةً**: الجزاء في اللّغة له معان متعدّدة، منها ما يلي:

_ **المكافأة على الشيء**: فنقول جزاه به وعليه جزاء، وجازاه مجازاةً وجزاءً، والجزاء يكون ثواباً كما يكون عقاباً، **قَالَ تَعَالَىٰ**:﴿ قَالُواْ فَمَا جَزَٰٓؤُهُۥٓ إِن كُنتُمۡ كَٰذِبِينَ ﴿٧٤﴾ ﴾[2].

[1] القانون الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة، المرجع السابق.

[2] يوسف الآية {74}.

ـ **القضاء**: فنقول جزى عني فلان هذا الأمر، أي قضى. ومنه قوله تعالى:﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[1]. فالجزاء هنا بمعنى القضاء، والأصل: فعليه أن يجزي المقتول من الصيد مِثْلَهُ من النَّعَمِ[2].

ـ **الغنى والاستغناء**: فأجزأ بالألف والهمز بمعنى أغنى[3]، ومنه قوله تعالى:﴿ وَٱتَّقُوا۟ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا ﴾[4].

ـ **العوض والبدل**: فتقدير الكلام أيضا في قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [5]. أي: عليه جزاءٌ في مقابل ما أتلف وبدل منه.[6]

ب ـ الجزاء شرعا: يطلق الجزاء على المآل، قال الله عزوجل: ﴿ وَلِلَّهِ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ لِيَجْزِىَ ٱلَّذِينَ أَسَٰٓـُٔوا۟ بِمَا عَمِلُوا۟ وَيَجْزِىَ ٱلَّذِينَ أَحْسَنُوا۟ بِٱلْحُسْنَى ﴿٣١﴾ ﴾[7] فقوله: "ليجزيَ الذين أساءوا" بمعنى الذين أشركوا، و"يجزي الذين أحسنوا" بمعنى وحّدوا، واللّام في "ليجزي" متعلّقةٌ بمعنى الآية لأنّه إذا كان أعلم بهما جازى كلّا بما يستحقّه[8].

---

[1] المائدة الآية {95}.

[2] انظر: أحمد بن يوسف الحلبي، الدر المصون في علوم الكتاب المكنون، تحقيق: أحمد الخراط، دار القلم، دمشق، سوريا، د: ط، د: ت، ج4، ص419.

[3] الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج1، ص100.

[4] البقرة الآية {48}.

[5] المائدة الآية {95}.

[6] ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ-2003 م، ج2، ص179.

[7] النجم الآية {31}.

[8] ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1407هـ_1987م، ج2، ص234.

جـ_ **الجزاء قانوناً**: يعرّف الجزاء في القانون بأنّه:" القصاص من المخالف للقانون لكي يكون عبرةً لمن تسوّل له نفسه سلوك مسلكه"[1]. ويمكن حصر الجزاء في ثلاث أنواع بحسب موقع القاعدة القانونيّة من فروع القانون، وهي الجزاء الجنائي، والجزاء المدني، والجزاء الإداري.[2]

2_ تعريف الشرط الجزائي كمركّب لفظي.

أ_ **في الاصطلاح القانوني**: لم يعرّف المقنن الجزائري الشّرط الجزائي في نصوص القانون، وإنّما اكتفى بتنظيم أحكامه في بعض المواد كالمادّة 173، والمادّة 187، من القانون المدني دون إعطاء تعريف له، ولم يَحْذُو المقنن الجزائري حَذْوَ المقنن الفرنسي في هذا الأمر[3].

وينطبق ما فعله المقنن الجزائري على كثيرٍ من القوانين العربيّة الأخرى التي أحجمت كذلك عن تعريف الشّرط الجزائي، واكتفت بالنصّ عليه وتنظيم أحكامه، على غرار القانون المصري، والسوري واللبناني...إلى غير ذلك.[4]

وجاء في تعريفات بعض فقهاء القانون بأنّ الشرط الجزائي هو:" اتفاق المتعاقدين مقدّما على مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخلّ المدين بالتزامه بعدم تنفيذه أو التأخير في تنفيذه، ويُشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطاً جزائيّاً أن يتمّ هذا الإخلال بالالتزام، أمّا لو تمّ بعد ذلك فإنّه يُعتبر اتفاقاً على تعويضٍ مستحقٍّ بالفعل"[5].

---

1 جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص23.

2 انظر: محمّد عبد الرحمن محمّد، أصول القانون، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، الطبعة: الثانية، د: ت، ص27. وانظر: محمّد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونيّة _الوجيز في نظريّة القانون_ دار هومة، الجزائر، د: ط، 1424هـ – 2003م، ص36 وما بعدها.

3 عرّف المقنن الفرنسي **الشرط الجزائي** في نص المادة 1226 بأنّه:" ذلك الشرط الذي بموجبه يتعهّد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ. وعرّفته المادّة 1229 من نفس القانون بأنّه:" تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقُه جرّاء عدم تنفيذ الالتزام. أنظر: نجارى عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم القانونيّة، جامعة الجزائر، 1983م، ص7.

4 انظر: مرعي صعب، البند الجزائي، المؤسّسة الحديثيّة للكتاب، طرابلس، ليبيا، الطبعة: الأولى، 1427هـ-2006م، ص49.

5 منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر، بيروت، لبنان، د: ط، 1422هـ-2002م، ص105.

كما عُرّف بأنّه:" مبلغٌ جزافي يقدّر به الطرفان مسبقاً التعويض الذي يستحقّ لأحدهما عن الضّرر الذي يلحقه نتيجة خطأٍ يقترفه الآخر، ويُعتبر اتفاقاً يتعلّق بالمسؤوليّة ويفترض من ثمّة توافر جميع عناصرها، لأنّه لا يعدو أن يكون استبدالاً بالتقدير القضائي للتعويض واتفاقاً له لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونيّة".[1]

وقد اسْتَعْمَلَتْ بعض الأنظمة القانونيّة مصطلحات أخرى بدلاً من مصطلح "الشرط الجزائي"، كالتعويض الاتفاقي، كما نصّ عليه القانون المدني الجزائري في المادّة 184، وهناك من أطلق عليه " البند الجزائي"، و"الجزاء الاتفاقي"، و"الجزاء التعاقدي"، لكن يظلُّ مصطلح الشرط الجزائي أدق المصطلحات، لأنّ لفظ الشرط يشير إلى أنّ هذا الجزاء أو التعويض بسبب شرطٍ وُضع ضمن شروط العقد، أو في اتفاقٍ لاحق بهذا العقد، ولفظ "جزائي" يشير إلى أنّ ذلك التعويض جاء جزاءً لمخالفة ذلك الشرط[2].

ولقد أضفى المقنن الجزائري طابع التعويض على الشرط الجزائي بالنّص على شرط وجود الضرر لاستحقاق التعويض، وجواز تدخّل القاضي لتعديل مبلغ التعويض، حيث نصّت المادّة 184 من القانون المدني الجزائري على أنّه:" لا يكون التعويض المحدّد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر".[3]

ب_ في الاصطلاح الشرعي: لم يعرّف فقهاء الشريعة الأقدمون الشرط الجزائي، بينما عرّفه الفقهاء المعاصرون بأنّه:" اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفّذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخّر في تنفيذه".[4] أو

---

[1] محمّد أبو سعد شتا، التعويض القضائي والشّرط الجزائي والفوائد القانونيّة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ _ 2001م، ص69.

[2] القره داغي علي محي الدين، بحوث في فقه البنوك الإسلاميّة، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1428هـ_2007م، ص112.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الأولى، 1427هـ_2006م، ص245.

هو:" اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق، ويشترط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام، على مقدار التعويض الذي يستحقّ الدائن، عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر فيه".[1]

ومنه نخلص إلى أنّ الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود بين الناس شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، فهو جائز لإتمام العقد في وقته، وفيه سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد، ما لم يكن هناك عذر شرعي، لأنّ العذر الشرعي مسقطٌ لوجوبه، وإن كان الشرط كثيراً عرفاً فيجب الرجوع إلى العدل والإنصاف حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة عند الحاكم.[2]

ثانيا_ طبيعة الشرط الجزائي.

يعتبر الشّرط الجزائي صِنف من أصناف الشروط التعسفيّة إذا وصل إلى حدّ الغلوّ في تقدير قيمة التعويض المستحق عن تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، بحيث لا يمكن لأيّ شخصٍ أن يتقبّله إلّا إذا كان مُضطرًّا أو غير خبيرٍ بصيغ التعامل، وما تؤدّي إليه من نتائج عمليّة.[3]

فالشّرط الجزائي يتحوّل إلى شرط تعسّفي عند مبالغة الطرف الآخر في تحديد التعويض[4]، وبينما تعمل الشروط الجزائيّة لصالح الطرف الأكثر قدرةً أو خبرةً، فإنّها لا تكون بجانب الطرف الضعيف في مقابل المحترف إذا تخلّف هذا الأخير عن الوفاء بالتزامه أو تأخّر فيه، بل هناك حالات يعمد فيها المحترف بالإضافة إلى ما يضعُه من شروطٍ جزائيّة لمصلحته فيضع شروطاً

1 شبير محمّد عثمان، صيانة المديونات ومعالجتها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، د: ط، 1418هـ_1998م، ج2، ص855.

2 مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنّة، محمّد التويجري، دار أصداء المجتمع، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الحادية عشرة، 1431 هـ -1430هـ _ 2010 م، ج1، ص756.

3 انظر: حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص224.

4 جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤوليّة، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001م/2002م، ص65.

أخرى، يغلُّ بها يد الطرف الآخر عن فسخ العقد، أو عن الدفع بعدم التنفيذ، أو عن الامتناع ولو جزئيّاً عن الوفاء ببعض التزامه، إذا لم يحترم الطرف المحترف التزاماته التعاقديّة.

وتنتشر الشروط الجزائيّة التعسفيّة بشكل واضح في الصور الحديثة من العقود، وقد منح القانون المدني الجزائري كذلك من جهته للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما:

_ إذا نفّذ المدين الالتزام الأصلي في جزءٍ منه.

_ إذا أثبت المدين أنّ تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة أنه يلحق به ضرراً جسيماً.

ولقد نصّت المادّة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على بطلان كلّ اتفاقٍ يخالف ذلك، مما يعني تعلّق الأحكام بالنّظام العام الذي يحرص المقنن على ترسيخه. كما أجاز من جهة أخرى للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضّرر قيمة التعويض المقدّر، وأثبت الدائن أنّ المدين قد ارتكب غشًّا أو خطأً جسيما، ويتميّز الشرط الجزائي بمجموعة من الخصائص تميّزه عن باقي الأنظمة القانونيّة المشابهة له ومن بين هذه الخصائص ما يلي:

1_ الشرط الجزائي هو عبارة عن تقدير اتفاقي للتعويض: فالشّرط الجزائي مَنْشَأُهُ الاتفاق، وهذا ما نصّت عليه المادّة 183 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها أنّه:" يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدّماً قيمة التعويض بالنّص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق".[1] وبموجب هذا النّص أعطى المقنن الجزائري الحريّة للأطراف في اشتراط الشّرط الجزائي، وتقدير قيمته، ولكن مع مراعاة أحكام المواد 176 _ 181 من نفس القانون.

2_ الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي: إذ أن الهدف من وراء اشتراط الشّرط الجزائي كما نصّت عليه المادّة 183 من القانون المدني الجزائري، هو تقدير التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه أو التأخّر فيه، ما يعني أنّ الشّرط الجزائي لا ينشأ بصفةٍ

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

مستقلّة، بل بالتبعيّة لالتزام أصلي، الذي قد يكون مصدره العقد أو غيره من مصادر الالتزام.[1]

وبخصوص **الشرط الجزائي في العقود**: فلا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، ويجوز أن يكون الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دَيناً.

وخُلاصة القول أنّ كلّا من الشروط التعسفيّة عامّة، والشرط الجزائي خاصّةً، قد تؤثّر على العقد فيسير نحو الفسخ، كما يمكن أن يتعسّف أحد أطراف العقد في استعماله لحقّ الفسخ نتيجةً لتأثير هذه الشروط على العقد.

[1] نبيل إبراهيم سعد، محمّد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ _ 2002م، ص81.

المبحث الثاني:

تطبيقات التعسف في استعمال حق الفسخ على العقود.

لا شكَّ أنّ كلّ عقد من عقود المعاوضات يتضمّن قوّةً تُلزم كلّ طرفٍ من أطرافه تنفيذَ ما يرتّبه الاتفاق عليه، وهذا قصد الوصول إلى تلك الغاية التي يريد كلّ طرف تحقيقها من وراء إبرام العقد، إلّا أنّه قد تحصل عدّة أمور تحول دون تحقيق هذه الغاية، من بينها مسألة امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته العقديّة، وهذا ما قد يدفع الطرف المقابل، إلى التخلّص من هذا العقد بحلّ الرابطة العقديّة عن طريق الفسخ، بعد استنفاذه كلّ الطرق التي تضمّن نفاذ العقد.

واختيار المتعاقد الدائن استعمال حقّ الفسخ قد يغيّر الجهة التي تكون محل الحماية، بحيث تنتقل من المتعاقد الدائن إلى المتعاقد المدين، خاصّةً إذا حدث وأن تعسّف صاحب حقّ الفسخ في استعمال هذا الحق، ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع دراسةً وتأصيلاً ارتأيت أن أقسّم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأوّل: أحكام التعسّف في استعمال حق الفسخ في العقود.

المطلب الثاني: تطبيقات التعسّف في استعمال حق الفسخ في العقود.

المطلب الأوّل:

أحكام التعسّف في استعمال حق الفسخ في العقود.

يعتبر العقد وسيلةً للتعامل، فهو الأساس الذي تنشأ على إثره مختلف الالتزامات المقابلة في ذِمَّة كلٍّ من المتعاقدين، إلّا أنه قد يشوب العقد بعض الاختلال فيلجأ أحد أطرافه لمعالجة هذا الاختلال الذي غالباً ما ينتج عن التقصير في تنفيذ التزامات المتعاقدين حلُّ الارتباط الناشئ بسبب العقد ورفع حُكمه، والعودة إلى الأصل، وهو عدم إبرام العقد أو عدم التعاقد، وهذا المعنى وما يوافِقُه من معاني التحلّل والنّقض يُطلق عليها "فسخ العقد"، إلّا أنَّ فسخ العقد ليس متروك للعاقدين بإطلاق، بل إنّه يخضع لمعايير وشروط من أجل استعماله، إذ قد يصير الفسخ ممنوعا غير جائز كما قد يكون تعسفيّا، ولبيان ذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأوّل: معايير التعسّف في استعمال حقّ فسخ العقد.

الفرع الثاني: قيود استعمال المتعاقد حقّ فسخ العقد.

الفرع الأوّل: معايير التعسّف في استعمال حقّ فسخ العقد.

قام كلّ من الفقه والقانون بوضع المعايير التي تضبط استعمال حق الفسخ وتحدد مجالات الفسخ المسموحة وغير المسموحة، وتكشف إذا ما كان فيه تعسّف، لأنّ وقوع الضرر عند استعمال أيّ حق من الحقوق لا يعني بالضرورة تعسّف صاحبه في استعماله، إذ يجب أن يكون هذا الضّرر معتبراً شرعا وقانونا، ولا يكفي كذلك حصول المصلحة من جراء استعمال حقّ الفسخ للحكم على هذا الفسخ بأنّه مجرّدٌ من التعسّف، بل يجب أيضاً أن تكون هذه المصلحة معتبرةٌ شرعاً وقانوناً، ومنه فلا يمكننا أن نَصِفَ استعمال أيَّ حقّ من الحقوق بالتعسّف إلّا وفق ضوابط معيّنة.

أوّلا: المعايير الفقهيّة للتعسّف في استعمال حقّ الفسخ.

1_ حال استعمال حقّ الفسخ بقصد الإضرار بالطرف الآخر: إذ يُعتبر استعمال المتعاقد حقّ الفسخ الناشئ عن اخلال مدينه بواجب تنفيذ التزاماته العقديّة يكون تعسّفياً إذا لم يكن

قصده من وراء استعمال هذا الحق سوى الإضرار بالطرف الآخر، فقصده لذلك يجعل من حقّ الفسخ مخالفاً للغاية التي شُرع من أجلها هذا الحق.[1]

فإذا استعمل المتعاقد حقّه في الفسخ دون أن يخرج عن الغاية التي شُرع من أجلها، بحيث يكون قصده متّجها لتحقيق مصلحةٍ جدّية ومشروعة، ودون قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر، وترتّب على ذلك ضررٌ فإنّ المتعاقد الذي فسَخَ العقد لا يُعتبر متعسِّفاً في استعمال حقّ الفسخ، لأن ضابط سوء النيّة الذي يظهر في استعمال حقّ الفسخ للإضرار بالطرف الآخر من العقد لم يتحقّق.[2]

وقد وسّع المقنّن الجزائري من تطبيق هذا المعيار وذلك ملاحظٌ من خلال نصّ المادّة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها عبارة:" إذا وقع بقصد الإضرار بالغير". فهذه العبارة تشير إلى أنّ المقنن الجزائري اعتبر مجرّد وجود نيّة الإضرار بالغير تكفي لتحقيق التعسّف، حتى ولو كان استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحةٍ مشروعةٍ.

ونخلص من هذا إلى أنّ معيار قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر كسببٍ لاستعمال الحقّ في الفسخ هو معيار ذاتي محض لأنّه يتعلّق بالنيّة والقصد، ومن الصعب إقامة الدليل على النية والقصد، لهذا لا بدّ من الاستعانة بالملابسات والظواهر الخارجيّة لاستخلاص النيّة الحقيقيّة من وراء استعمال حقّ الفسخ.

2_ قلّة الفائدة مقارنةً بالضّرر الحاصل: فبالإضافة إلى اعتبار المتعاقد متعسّفاً في استعمال حقّ الفسخ، إذا قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر، فإنّه يبقى على هذا الاعتبار إذا كان يرمي ويهدف من وراء استعماله لهذا الحق الحصول على فائدةٍ قليلةٍ مقارنةً بالضّرر الحاصل والناشئ للمتعاقد الآخر.

---

[1] انظر: به موبرويز، المرجع السابق، ص91.

[2] شوقي بناسي، التعسّف في استعمال الحق في ضوء المادّة 124 مكرّر، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة، 2009، العدد 4، ص230.

وهذا المعيار هو معيار موضوعي، حيث يفرض على المتعاقد عدم تغليب مصلحته في استعمال حقّ الفسخ، على حساب واجبه في احترام مصلحة المتعاقد الآخر إذا كانت مصلحته في الفسخ قليلةَ الأهميّة بالمقارنة مع الضّرر الذي يصيب المتعاقد الآخر بسبب استعماله لحق الفسخ، ووفق هذا المعيار فعلى صاحب المصلحة القليلة أن يضحّي بها حِرصاً على مصلحة المتعاقد الآخر الكبيرة.[1]

3_ استعمال حقّ الفسخ قصدَ الحصول على مصلحة غير مشروعة: فمن يستعمل حقّه في الفسخ من أجل تحقيق مصلحةٍ غير مشروعةٍ، يُعتبر متعسّفاً في استعمال حقّ الفسخ، والمصلحة غير المشروعة هي التي تُخالف حكماً من أحكام الشريعة أو القانون، ذلك أنّ حقَّ الفسخ إنّما قُرّر لصاحبه ليُحقّق به مصلحةً يحميها القانون لا لتحقيق مصلحةٍ لا يعترف بها.

ثانيا: الفرق بين الفسخ التعسُّفي والإنهاء التعسّفي للعقود.

يختلف الفسخ عن الإنهاء خاصّةً في حال اقترانهما بالتعسّف، ويظهر ذلك في جوانب عديدة نجملها في الآتي:

1_ من حيث المجال الموضوعي: إنّ مجال استعمال حقّ الفسخ أوسع نطاقاً من مجال استعمال حقّ الإنهاء، فيترتّب على ذلك أنّ مجال التعسّف في استعمال حقّ الفسخ أوسع من مجال التعسّف في استعمال حقِّ الإنهاء، إذْ أنّ هذا الأخير لا يُتَصوّر إلّا في العقود المستمرّة دون العقود الفوريّة، بينما التعسّف في استعمال حقّ الفسخ يُتَصوّر في جميع العقود سواءٌ كانت مُستمرَّةً أو فوريّة.[2]

2_ من حيث المجال الشّخصي: يرتبط حقُّ الفسخ أساساً بمسألة التنفيذ، لذا فهو يُمنحُ أساساً لكلِّ متعاقد أخلَّ مدينُهُ بتنفيذ التزاماته في عقد من العقود الملزمة للجانبين، أمّا حق إنهاء العقد فإنّه لا يرتبط أساساً بالتنفيذ، وإنّما هو مِنْحةٌ لِكلا المتعاقدين إذْ يَحِقُّ لكلٍّ من

---

[1] انظر: سليمان مرقص، المرجع السابق، ص372.

[2] انظر: بلخيضر عبد الحفيظ، الإنهاء التعسّفي لعقد العمل، دار الحداثة، لبنان، ط: 1، 1986م، ص94 – 95.

الوكيل والموكّل استعماله إلّا في حالات خاصّةٍ مُنِح للمتعاقد دون الآخر، كعقد الوكالة الذي يجوز استعماله من طرف ربِّ العمل دون المقابل.[1]

3_ طبيعة الجزاء: يختلف جزاء التعسّف في استعمال حقِّ الفسخ بحسب ما إذا كنَّا بصدَدِ الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي، فإذا كُنّا بصدد الفسخ القضائي كان جزاؤه منع حصول الفسخ التعسّفي للعقد ابتداء، أمّا إذا كنّا بصدد الفسخ الاتفاقي كان جزاء ذلك إبطال الفسخ التعسّفي وتنفيذ العقد، أمّا جزاء التعسّف في استعمال حقّ الإنهاء فيكون دائماً الحُكمُ بالتعويض، دون حرمان المتعاقد من حقّ الإنهاء الذي تعسّف فيه.

ويمكن القول أخيراً بإنّ سريان حق الفسخ وتأثيره في العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد، إذْ لا يُتصوّر ورود الفسخ في هذه العقود لأنّ الملتزم فيه طرفٌ واحد، فعند قيامه بتنفيذ هذا الالتزام ليس للطّرف الآخر فيه أن يُطالب الملتزمَ بأداء الالتزام أو فسخه لعدم تحتّم أداء الالتزام من قبله، كما هو الحال في عقود التبرّعات.[2]

والفسخ هو حقٌّ قانوني يُمكّن صاحِبه من حلِّ العقد بسبب إخلال المدين بواجب التنفيذ، إذا كان موضوعُه حلُّ العقد وسببُه عدم التنفيذ، فيَثبت له حقُّ فسخ العقد، أمَّا إذا توافر السبب وهو عدم التنفيذ، ولكن لم يكن الموضوع هو حلُّ العقد فهذا ليس بحقّ فسخ، ولا يثبت هذا الحق وإن فعله أحد الطرفين فهو تعسُّف في استعمال حقّ الفسخ، لأنّ في هذه الحال يَثْبُتُ له حقُّ طلب التنفيذ، أمّا إذا توافر الموضوع وهو حلُّ العقد ولكن لسبب آخر غيرُ عدم التنفيذ فهو ليس حقُّ فسخٍ، وإنّما هو حقّ طلبُ إبطال.[3]

كما أنّ الأصل في أيِّ عقدٍ بعد إبرامه، امتناع أحد المتعاقدين من فسخه إلّا بتخويلٍ من الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما حقُّ الفسخ، بأن يجعل للعاقد حقّ الخيار في أن يمضي العقد

---

[1] إبراهيم الدسوقي، العقد غير اللّازم، مطبعة الجامعة، الكويت، د: ط، 1994م، ص152.

[2] سعيد بن ناصر الحريسن، جريدة الرياض، 21 ربيع الآخر 1427هـ، 11 ماي 2006م، العدد 13843.

[3] مصطفى الجارحي، فسخ العقد، دار النهضة العربيّة، مصر، ط: 1، 1988م، ص3-4.

أو أن يفسخه لأحد الأسباب التي عدّها المقنّن مسوّغَةً لحقِّ الخيار أو لاتفاقٍ سابقٍ بين العاقدين على منح هذا الحق لأحدهما أو لكليهما، أمّا إذا استعمل أحدٌ حقَّ الفسخ في غير موضعه فذلك يعدُّ من قبيل التعسّف في استعمال الحق.

ثالثا: إثبات التعسّف في استعمال حق الفسخ.

إنّ مسألة إثبات التعسّف في استعمال حق الفسخ من الأمور الصعبة والمهمَّة، إذ يرتبط الإثبات فيها على الدليل المقدّم، سواءٌ من جانب المدّعي، من خلال إثباته لوجود التعسّف، أو من جانب المدّعى عليه، من خلال إثبات انعدامه، وبما أنّ المقنّن الجزائري لم يخصَّ مسألَة إثبات التعسّف بقواعد خاصّة، فإنّ الأمر سيتعدَّى الاعتماد على القواعد العامَّة في الإثبات، ومن خلال هذه المواد نتوصَّل إلى أنّ مسألَةَ الإثبات لا ترتبط أساسًا بالمدّعي والمدّعى عليه، بل للقاضي دور في ذلك أيضا.

1_ عبء الإثبات في الفسخ التعسُّفي: إنّ الأصل في الحقوق الشخصيَّة براءة الذمَّة، والأصل في العقود الصحَّة، ومن يدّعي بُطلان العقد هو من يتحمّل عِبء إثبات ذلك[1].

وبما أنّ الأصل عدم تعسُّف المتعاقد في استعمال حقّ الفسخ، ولأنّه لا يوجد أيُّ نصٍّ خاصٍّ يحدد المكلّف بالإثبات عند الادعاء بالتعسّف في استعمال حق الفسخ، فإنّ عبء إثبات وجوده يقع على عاتق المدّعي، وهو المتضرّر من الفسخ، وفق القواعد العامّة في عبء الإثبات.[2] فعلى المدّعي إثبات الضّرر الذي يدّعيه، ما يغني أنّ عبء إثبات الضّرر يقع على عاتق المضرور الذي يدّعي أنّه قد لحقه ضرَرٌ من استعمال المتعاقد حقّه في الفسخ، وبذلك يتحمّل المضرور عبء إثبات الضّرر المادي والمعنوي، كما يتحمّل المدّعي إثبات العلاقة السببيّة بين فسخ العقد وبين حدوث الضّرر الذي أصابه، حتّى تكون دعوى المسؤوليّة المقامة على

[1] انظر: نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنيّة والتجاريّة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د: ط، 2008م، ص83-84.

[2] عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، د: ط، 2007م، ص139.

أساس التعسّف في استعمال حقّ الفسخ مقبولةً.

2_ محلّ الإثبات في الفسخ التعسّفي. والمقصود بمحلّ الإثبات في الفسخ التعسّفي للعقد، هي واقعة التعسّف، وليس الحقّ في تطبيق جزاء التعسّف أو النصّ القانوني الواجب التطبيق، فإذا ثار أيُّ نِزاعٍ بين المتعاقدين حول اقتران استعمال حق الفسخ في العقد بالتعسُّف، فإنّه لا بدّ على المتعاقد المدّعي بوجود التعسّف أن يُثبت حقَّه في تطبيق جزاء التعسّف، والمتمثّل أساساً في حِرمان المتعاقد المتعسّف من استعمال حقّه في الفسخ، وعليه تقتصر مهمّة المضرور في إقامة الدليل على وجود واقعة التعسّف، أو مُختلف الوقائع الأخرى التي تدلّ عليها، والقاضي هو الذي يتولّى البحث وإيجاد النّص القانوني الواجب التطبيق على هذه الواقعة.[1]

3_ طرق الإثبات في الفسخ التعسُّفي: إنّ التعسُّف في استعمال حق الفسخ في العقود هو واقعةٌ ماديّة يجوز إثباتها بكافّة الطرق، وتكون للقاضي حريّة تقدير قوّة الدليل وطبيعتُهُ، ولا يُمكن الالتزام بالإثبات المقيّد، نتيجةً لأنّه لا يُمكن أن يُطالَب المضرور من الاستعمال التعسُّفي لحقِّ الفسخ بأن يُهيِّأ دليلاً كتابيّاً يتمسَّك به في مواجهة الفسخ، لأنّ واقعة التعسّف لم تكن محلّاً للنِّزاع أصلاً.

وتتمثّل طرق الإثبات بالنّسبة للقانون المدني الجزائري فيما يلي:" الكتابة _ شهادة الشهود _ القرائن _ الإقرار _ اليمين _ الخِبرة والمعاينة".

وعليه فإنّه من الناحية النظريّة يجوز إثبات واقعة التعسّف في استعمال حقّ الفسخ بجميع طرق الإثبات القانونيّة، لكن من النَّاحية العلميّة هو أمر بالغ الصعوبة، إذ يكاد يستحيل تصوّر إثبات التعسّف في استعمال حق الفسخ بهذه الوسائل، وتبقى أهمُّ وسيلةٍ لإثبات التعسّف في استعمال حقّ الفسخ هي القرائن القضائيَّة.

---

[1] انظر: الغوتي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربويّة، الجزائر، ط: 1، 2001م، ص13.

والقرائن القضائيّة هي تلك القرائن التي يُترك أمر استنباطها للقاضي من خلال النظر في الظروف والملابسات، وللقاضي اختيار أيِّ واقعةٍ يستدلّ بها على الأمر المراد إثباته، ولا يُهمُّ الطريق الذي تُثبت به الواقعة المعلومة، فقد تثبُت بشهادة الشهود، أو بالكتابة، أو بالإقرار، أو باليمين، ويتمتّع القاضي في ذلك بسلطةٍ واسعةٍ إذ له أن يختار أيّة واقعةٍ من الوقائع الثابتة أمامه، كما له ذات السُلطة في استنباط ما تحمِلُه الواقعة من دلالة.[1] ولذلك يستحيل حصر القرائن التي قد يعتمد عليها القاضي في استنتاج التعسّف لاختلاف الظروف التي تحيط باستعمال حقّ الفسخ في كلِّ مرَّة، ولاختلاف قناعة كلِّ قاضٍ.

ومن مجموع الضوابط التي يُعتمد عليها في إثبات التعسّف، هو معيار قصد الإضرار، غير أنّه بسبب كون هذا الضّابط ذو طبيعةٍ نفسيَّةٍ، فإنّه ليس من السّهل استقصاؤه، ولذلك يلجأُ القاضي إلى سُلطته في استنباط القرائن القضائيّة، ومنها انعدام الفائدة من استعمال حقّ الفسخ، والتي لا يمكن تفسيرها إلّا بقصد إضرار الطرف الآخر.

والخلاصة في كلّ هذا أنّ عمليّة إثبات التعسّف في استعمال حقّ فسخ العقد تكتسي أهميّةً بالغةً، بحيث يقع عبء إثباتها على عاتق المضرور باعتباره مدّعياً، وذلك بكافّة طرق الإثبات.

الفرع الثاني: **قيود استعمال المتعاقد حقّ فسخ العقد.**

لا يمكن لأيِّ طرفٍ من أطراف العقد أن يستأثر بحقِّ الفسخ أو أن يستعمِلَه متى شاء، وإنّما هناك شروطٌ لا بدّ أن يتقيّد بها الطرفُ الذي يريد فسخ العقد والالتزام بعدم التعسُّف في استعمال حقّ الفسخ، كما يُشترط توفر عنصر حسن النيّة عند فسخ العقد.

أولا: **قيود استعمال حق الفسخ في العقد:** لا يمكن لأي طرف من أطراف العقد فسخ العقد، وإنّما يُشترط لفسخ العقد ما يلي:

[1] فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديريّة للقاضي في مادّة الإثبات المدني، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كليّة الحقوق، 1996م_1997م، ص31.

1_ أن يكون العقد ممّا يجوز فسخُه: فإنهاء العقد وفسخُه لا يَرِدُ إلّا على عقود ذات طبيعةٍ خاصّة، وهي العقود الزمنيّة أمّا الفوريّة منها فلا يجوز إنهاؤها بالإرادة المنفردة، بل تخضع لحقّ الفسخ.[1] ومن بين هاته العقود عقد العارية والذي نصّت عليه المادّة 546 من القانون المدني بما يلي:" تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتّفق عليه، فإذا لم يُعيّن لها أجل انتهت باستعمال الشيء الذي أُعير من أجله، فإن لم يكن هناك سبيل لتحيين هذه العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أيّ وقتٍ وفي كلّ حال يجوز للمُستعير أن يردَّ الشيءَ المعار قبل انتهاء العارية...".[2] فالقانون قد جعل لانتهاء العارية أحوالا فتنتهي بصورة طبيعيّة إذا انقضى الأجل الذي اتفق عليه الطرفان، وفي حال عدم تعيين أجل من طرفهما فإنّها تنتهي بانتهاء الاستعمال أو استكمال الشيء الذي أعيرت لأجله أما إذا كان هذا الأخير ليس له وقت انتهاء كعمل دائم، فالقانون يخوّل للمُعير أن يطلب إنهاء هذا العقد في أيّ وقت أراد.

كما نصّت المادّة 440 من القانون المدني الجزائري على أنّ عقد الشركة:" تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مُدّتها غيرُ معيّنةٍ، على شرط أن يُعلن الشريك سَلَفاً عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله إلى جميع الشركاء، وألا يكون صادِرًا عن غشٍّ أو في وقتٍ غير لائقٍ...".[3] ومعنى ذلك أنّ الشركة تنتهي بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدّتها غير محدودة، وذلك بمجرّد إعلان رغبة أحد طرفيها في الانسحاب، ويخضع استعمال هذا الحقّ إلى عدّة شروط، وهي: _ أن يُعلن الشريك عن رغبته مسبقاً فضلا عن منحه مُهلةً كافية لباقي الشركاء من أجل تدبّر الأمر، وذلك تماشيا مع مبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقود.

_ أن يكون الانسحاب على حسن نيّة، أي دون أن يشوبه الغش.

_ أن يكون الانسحاب في وقت مناسبٍ بحيث لا يجوز أن يكون أثناء الأزمات أو الخسائر.

---

[1] وليد بن علي، التصرُّف القانوني، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤوليّة، جامعة الجزائر، كليّة الحقوق، 2011م _2012م، ص76-77.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

2_ إعلام المتعاقد الآخر بالفسخ: وهو ما يُعرف أيضا بالإخطار، فلا بدّ للطرف الذي يريد فسخ العقد ويسعى إليه إعلام الطرف الآخر برغبته في ذلك، ولو كان لسببٍ مشروع وإلّا اعتبر متعسّفاً في استعماله لحقّ فسخ العقد، وهذا الإخطار هو أمر ضروري ولا بدّ أن يتمّ وفق شكلٍ رسمي، حيث يشترط القانون في ذلك أن يكون بورقةٍ رسميّةٍ كإنذار على يد المحْضِر، أو بورقة عُرفيّة أو خِطاب عادي، كما يمكن أن يتمّ هذا الإخطار مُشافهَةً، لكنّ الغالِبَ فيه أن يكون بالكتابة، وفي هذه المسألة يُلاحَظ أنّ المقنّن الجزائري قد اشترط في عقد الإيجار بصفةٍ خاصّةٍ طريقةً مُعيّنةً يتمُّ بها الإخطار، طبقاً لنصّ المادّة 469 مكرّر 1 والتي تنصُّ على ما يلي:" ينتهي الإيجار بانقضاء المدّة المتّفق عليها دون حاجةٍ إلى تنبيه بالإخلاء. غير أنّه يجوز للمُستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسببٍ عائليٍّ أو مهنيٍّ. ويجب عليه إخطار المؤجِّر بموجب محرَّرٍ غير قضائيٍّ يتضمَّن إشعاراً لِمدّة شهرين".[1]

والفائدة المرجوّة من وراء اشتراط هذا الإجراء تكمن في تمكين المتعاقِد الآخر من توخّي الحذر، واتّقاء الضّرر الذي قد يُصيبه من جرّاء فسخ العقد، إذ لا يمكن مَنْحُه في كلّ الحالات إمكانيّة تفادي ما قد يلحقُه من ضرَرٍ، ولذلك فإن لم يكن هناك احتمال لوقوع الضّرر، فيسقط اشتراط ومراعاة مُدّة الإخطار، كعقد الوكالة بدون أجر مثلا، ففسخ الموكِّل العقد بدون إخطار لا يُتصوّر فيه حدوث الضّرر للوكيلِ، لأنّ إنهاء الوكالة لا يضُرّه ولا ينفعُه.

ثانيا: علاقة التعسّف في الفسخ بمبدأ حسن النيّة في العقود: من المعترف به أنّ جميع الحقوق يخضع استعمالها لنظريّة التعسّف في استعمال الحقّ، باعتبارها نظريّةً عامّةً، وما دام أنّنا بِصددِ تطبيقات نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ في فسخ العقود، فمن الضروري بيان العلاقة الموجودة بين هذه النظريّة وبين مبدأ حسن النيّة في العقود.

ويُعتبر الالتزام بمبدأ حسن النيّة من الالتزامات الشرعيّة والقانونيّة التي تتضمّن التزام المتعاقد بأن يكون أميناً وصادقاً عند إبرامه للعقد، وأن يستصحب هذه الأمانة في كافّة مراحِل إبرام

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

العقد وفي تنفيذه، وأن يلتزم بمساعدة الطرف الآخر في إطار احترام النّظام وصِدْق التعهُّدات، كما أنّ هذا المبدأ لا بُدّ أن يَشمل جميع المراحل التي يمُرُّ بها العقد، إذ أنّ وظيفته هي دَفِع أطراف العلاقة التعاقديّة للغاية المنشود من التعاقد.[1] فمبدأ حسن النيّة إنّما هو اتجاه الإرادة إلى عدم الإضرار بالغير بصفةٍ عامّةٍ والمتعاقد بصِفةٍ خاصّة، مع اتخاذ ما يلزم من الحيطة والحذر وعدمُ الإهمال في سبيل تحقيق ذلك.

والمقنن الجزائري قد نصّ على مبدأ حسن النيّة في القانون المدني الجزائري، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادّة 107 والتي تقضي بأنّه:" يجب تنفيذ العقد طِبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نِيّة".[2] ففي المادّة المذكورة قَصَر المقنن الجزائري نطاق تطبيق مبدأ حسن النيّة في العقود على مرحلة تنفيذ العقود فقط.

والحقيقة أنّه يَلزم تطبيق هذا المبدأ على كافّة مراحل إبرام العقود، إذ قد يتّسع تطبيقُه ليشمل زوال العقد أو إبطاله، إذ ليس بالضرورة انتهاء جميع العقود بعد إبرامها بالتنفيذ، كما في حال فسخ العقد، ففي هذه الحال يجب على الفاسِخ ألا يستعمل هذا الحقّ إلّا بحسن نيّة، وذلك من خلال أخذه بالاعتبار مصلَحةَ الطّرف الآخر، والالتزام بعدم الإضرار بالآخرين، وذلك يُجسّد البعد الأخلاقي للمبدأ.[3]

والتعسّف في استعمال حقّ الفسخ في العقود يعني الخروج بالحقّ عن حدود حسن النيّة الواجبة في استعمال الحق.[4] فإذاكان القانون يُعطي لكلّ طرف من الأطراف المبرمة للعقد عند امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته العقديّة حقّ طلب الفسخ أو التمسُّك به، فإنّه يُشترط في مقابل ذلك ضرورة التقيّد بمبدأ حسن النيّة في مرحلة إنهاء العقود، وذلك بمنع المتعاقد صاحب حقّ الفسخ من أن يستعمل حقّه في فسخ العقد على وجه يُضِرُّ بالمتعاقد الآخر

[1] انظر: عبد المنعم إبراهيم، حسن النيّة في العقود، منشورات زين الحقوقيّة، لبنان، د: ط، د: ت، ص77.
[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[3] انظر: حسن بن سليمة، حسن النيّة في تنفيذ العقود، المطابع الموحّدة، تونس، د: ط، 1993م، ص30.
[4] عبد الحليم القوني، حسن النيّة وأثره في التصرّفات، ديوان المطبوعات الجامعيّة، مصر، د: ط، 1988م، ص5.

وإلّا اعتُبر متعسّفا في استعماله لحقّ الفسخ.

فالتعسّف في استعماله لحقّ الفسخ يتناقض مع مبدأ حسن النيّة في استعمال الحقوق العقديّة، بمعنى أنّ عدم تعسّف المتعاقد في استعمال حقّه في فسخ العقد يُعدُّ مظهراً من مظاهر حسن النيّة في إنهاء العقود، لاسيما أنّ حقّ الفسخ قد يكون استعماله في بعض الحالات ضرباً من ضروب التعسّف، وذلك ما ترفضه قواعد العدالة ومقتضيات حسن النيّة في العقود، والتي توجب حسن الإنهاء بالإضافة إلى حسن الإبرام والتنفيذ.[1]

ومبدأ حسن النيّة في العقود هو مبدأ مُقرّرٌ في الشريعة الإسلاميّة قبل هذه القوانين الوضعيّة، ذلك ظاهر في مُختلف النصوص الشرعيّة، حيث أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم قد ضرب لنا أروع الأمثلة، ويُمكن اختصار هذا المبدأ في حديث النبي صلّى الله عليه وسلّم، والذي وضع قاعدة مهمّة في البيع تُقاس عليها جميع العقود والمعاملات، فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:" **رحم الله رجلا سمحا إذا باع، وإذا اشتري، وإذا اقتضى**".[2]

ففي هذا الحديث حضٌّ على السماحة وحسن المعاملة، واستعمال معالي الأخلاق والصفات ومكارمها، وترك المشاحّة والرّقة في العقود، خاصّة في البيع، وذلك سبب لوجود البركة فيه لأن النبيّ صلى الله عليه وسلّم لا يحض أمته إلا على ما فيه النفع لهم في الدنيا والآخرة، فقد دعا عليه السلام بالرحمة لمن فعل ذلك، فمن أحب أن تناله بركة دعوة النبي صلى الله عليه وسلّم فليقتد بهذا الحديث ويعمل به. وفى قوله عليه السلام: (إذا اقتضى) حض على ترك التضييق على الناس عند طلب الحقوق وأخذ العفو منهم.[3]

---

[1] عبد الحليم القوني، حسن النيّة وأثره في التصرّفات، المرجع السابق، ص457.

[2] أخرجه البخاري، المرجع السابق، باب السهولة واليُسر في البيع والشراء، ج3، ص57، رقم الحديث: 2076.

[3] ابن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرّشد، السعوديّة، الرياض، ط: 2، 1423هـ_2003م، ج6، ص210.

ثالثا: منع استعمال حقّ فسخ العقد بسبب التعسّف: من المعلوم أنّ فسخ العقد مشروطٌ بتبرير استعماله، وأيُّ إخلالٍ بالعقد يُبرّر استعمال حقّ الفسخ لا سيما إذا كان إخلالًا بالتنفيذ، وهذا بغضّ النظر عن درجة الإخلال، الذي قد يكون إخلالا كلّيا وقد يكون إخلالاً جُزئيّاً، كما يكون عند التأخر في التنفيذ أو إذا شاب التنفيذُ عيباً من عيوب التنفيذ.

إلّا أنّه قد يُمنع الدّائن من استعمال حقّ الفسخ بحُجَّة أن استعمالَه لهذا الحق مشوب بالتعسّف في حالات معيّنةٍ، وهناك حالات قد تؤدِّي إلى استعمال حقَّ الفسخ والتعسّف فيه عند عدم التنفيذ الكلّي للعقد، أو عند التأخّر في التنفيذ.

1_ حال عدم التنفيذ الكلّي للعقد: فامتناع المدين عن تنفيذ التزامه بصورةٍ كليّة ونهائيّة، يجعل للدائن الحقَّ في أن يطلب فسخ العقد وأن يتمسّك به ولا يُعتبر في هذه الحال متعسّفاً في استعماله لحقّ الفسخ، لأنّ الفسخَ شُرِع لمواجهة امتناع المدين عن التنفيذ، وذلك بتمكين الدائن من فسخ العقد.

ففي هذه الحال لا يُعتبر فعله تعسّفاً في استعمال حقّ الفسخ، أي عند عدم التنفيذ الكلّي[1]، لأنّه قد تحقّق مقتضى الفسخ، بسبب جسامة الضّرر الذي يلحق الدائن وعدم جدوى الإبقاء على العقد، مادام عدم التنفيذ قد استغرق الأداء كلّه، ولا يلزم اعتبار الدائن متعسّفا في استعمال حقّ الفسخ عند عدم التنفيذ الكلّي، وإنّما الأولى اعتبار المدين الذي رفض التنفيذ سيء النية، لأنّ امتناعه عن التنفيذ يُعدّ من قبيل الغِشِّ والاحتيال لسلب ثروة الغير.[2]

لذلك طُبِّق في القضاء مبدأ أنّ فسخَ عقد الإيجار بسبب مخالفةِ المستأجِر للشّرط المانع[3] من التأجير لا يُعدُّ تعسّفا في استعمال حقّ الفسخ مادام أنّ المستأجر قد أخلَّ بتنفيذ كامل

---

1 عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصادية، 1959م، العدد الأوّل، ص191.

2 عبد الحكيم فودة، إنهاء القوّة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعيّة، مصر، 1993م، ص472.

3 **الشرط المانع**: في عقد الإيجار هو الرّخصة التي منحها القانون للمُستأجر بأن يؤجّر العين المستأجرة، أو أن يتنازل عن إيجارها للغير، وذلك بأن يتمّ وضع بند في عقد الإيجار يمنع بموجبه المستأجر من استعمال هذه الرّخصة".

التزامه، والمتمثّل في الامتناع عن عمل.[1] أمّا إذا امتنع المدين عن التنفيذ بسبب عذر شرعيٍّ، وكان حسن لنيّة، كأن يكون في إعسار أو في مرضٍ[2]، وكان الفسخ يسبّب له ضررا كبيراً، وعدم التنفيذ لا يُلْحِق بالدّائن ضررا كبيراً، فاستعمال حقّ فسخ العقد في مثل هذه الحال يعتبر من قبيل التعسّف في استعمال الحق.

2_ حال التأخّر في التنفيذ: تأخر المدين في تنفيذ العقد المتّفق عليه يتمثّل في عدم تنفيذه للالتزام في الوقت المحدَّدِ له، بمعنى أنّه عدم تنفيذٍ كليٍّ لكن بصورةٍ مؤقّتَةٍ، لأنّه لا يمكن تنفيذه بعد فوات الوقت المحدّد لسبب من الأسباب، كأن يتأخّر المستأجر في سَداد الأجرة المتَّفق عليها في نهاية كلّ عام أو كلّ شهر، مع إبداء استعداده لتنفيذها، ولهذا يكون التأخُّر في التنفيذ أقلّ جسامَةً وتأثيراً من عدم التنفيذ الكلّي، وبالتالي فإمكانيّة تصوُّر التعسّف في استعمال حقّ الفسخ عند التأخُّر في التنفيذ، تكون أكبر ممّا كانت عليه في حال عدم التنفيذ الكلّي، وفي هذه الحال يختلف الحكم على الفسخ إذا كان تعسّفيّاً أو كان غير ذلك، لأنّ عدم تنفيذ الالتزام في وقته لا يحول دون تمكين الدّائن من فسخ العقد. وبالتالي يكون الفسخ تعسّفيا في الحالات التالية:

_ إذا لم يلحق الدائن الذي تأخَّر مدينُه في التنفيذ أيُّ ضرر من الأضرار.

_ إذا لم تفوّت المصلحة من تنفيذه.

_ إذا كان استعمال الدائن لحقّ الفسخ بقصد الإضرار بالمدين.[3] ويستدلّ على ذلك بقرائن الحال أو بانعدام المصلحة.

إذن فالحكم على الدّائن بالتعسّف في استعمال حقّ الفسخ عند تأخُّر المدين في الوفاء كلّه أو بعضه، يتوقّف عموماً على تقدير المصلحة التي تعود عليه من طلبه للفسخِ أو تمسّكه به.

[1] به موبرويز، المرجع السابق، ص163.

[2] مصطفى العوجي، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقيّة، لبنان، ط: 3، د: ت، ص343.

[3] أنور طلبة، انحلال العقود، دار الكتب القانونيّة، مصر، د: ط، 2005م، ص80.

3_ حال عدم التنفيذ الجزئي للعقد: المقصود بالتنفيذ الجزئي هو أن ينفّذ المدين جُزءًا من التزامه، ويمتنع عن تنفيذ الجزء الآخر، وفي هذه الحال للدائن حقّ المطالبة بالفسخ بسبب عدم تنفيذ مدينه للالتزام عموماً، وللعقد المبرم بينهما خصوصاً، إلّا أنّه قد يكون عدم الالتزام الذي رُفعت من أجله دعوى الفسخ أو طلبها مجرّدُ عدم تنفيذ جزئي.[1]

والحكم على هذه الدعوى من ناحية القبول أو الرّفض يتوقّف على درجة الإخلال بالتنفيذ، فإذا كانت درجة الإخلال كبيرةً فإنّه يحكم بقبول الدعوى، أمّا إذا كانت درجة الإخلال ضئيلةً فإنّه يُحكم برفض دعوى الفسخ على أساس التعسّف في استعمال حقّ الفسخ، كما أنّ الأصل في عدم التنفيذ الجزئي للعقد أنّه لا يمنع الدّائن من التمسّك بحقّه في الفسخ، لأنّ العدالة تقتضي تمكين الدائن من هذا الحقّ متى أخلَّ مدينه بالتزامه، بغضّ النظر عن درجة الإخلال.

إلّا أنّ الجزء غير المنفّذ قد لا يُبرّر الفسخ، إذ يجب الأخذ بمصلحة كلٍّ من الدائن والمدين معاً، لذلك نتج عن اجتهاد فقهاء القانون معياران أساسيان لتقدير جسامة الجزء غير المنفّذ، هما: المعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي.

رابعا: معايير تقدير جسامة الجزء غير المنفّذ: وفق ما رأينا من اختلاف الفقه القانوني حول المعيار الذي يعتمد عليه في تقدير جسامة الجزء غير المنفَّذ وبالتالي القول بحصول التعسُّف في استعمال الحقّ من عدمه، وفي هذا يوجد معياران هما:

1_ المعيار الشّخصي: ينظر هذا المعيار في نيّة الدّائن وفي جسامة عدم التنفيذ،[2] سواءٌ تعلّق عدم التنفيذ بالكمّ أو بالكيف[3]، وعليه فإنّه يُشترط لطلب الفسخ أن يبلغ الجزء غير المنفّذ أو العيب الذي لحق التنفيذ قدراً لو عَلِمهُ المتعاقدان قبل التعاقد لما أبرما العقد، فليس كلّ عدم تنفيذ للعقد يُبرّر الفسخ، خاصّةً إذا كان لا يترتب عليه حرمان الدائن من أداء يعتبر في نظره

---

[1] Jacques Ghestin, Traite De Droit Civil, op : cit, p : 162.

[2] انظر: عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص41.

[3] عبد الحكم فودة، إنهاء القوّة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص446.

مهمًّا، وبالتالي يكون الدائن متعسّفاً في استعمال حق الفسخ عند التنفيذ الجزئي، كلّما تمسَّك أو طالب به، رغم أنّ الجزء غير المنفّذ قليل الأهميّة، ولا يحول دون انعقاد العقد في نظره.[1]

2_ المعيار الموضوعي: وهذا المعيار يعتمد على مقدار الالتزام الذي لم ينفَّذ أو على كيفيّة التنفيذ لتقدير جسامة عدم التنفيذ، فإذا كانت مصلحة الدائن تتحقّق بالكامل عند التنفيذ الكلّي، كما تتحقّق كذلك عند التنفيذ الجزئي، وكان الجزء غير المنفّذ قليل الأهميّة بالمقارنة مع الجزء المنفّذ، وعليه يُعدُّ متعسّفاً في استعمال حقّ الفسخ متى كان الجزء الذي يطلب الفسخَ بسببه قليلاً مقارنَةً مع كامل الالتزام.

3_ المعيار الذي اعتمده المقنن الجزائري: بالرّجوع إلى نص المادّة 2/119 من القانون المدني الجزائري، التي تنصّ:" ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا ما لم يوفّ به المدين قليل الأهميّة بالنّسبة إلى كامل لالتزامات".[2] فمن خلال هذه المادّة يتّضح موقف المقنن الجزائري في تقدير جسامة الجزء غير المنفَّذ، والذي يعتمد على المعيار الموضوعي، الذي يتعلّق بتقدير مقدار عدم التنفيذ، وهذه المادّة تُمثّل القاعدة العامّة في الفسخ، من خلال البحث عن أساس حقيقي ومؤكّد في تقدير ما إذا كان ينبغي فسخ العقد أو لا ينبغي ذلك.

كما أن لأهمية الالتزام الذي حصل الإخلال به دورٌ هامٌ في تحديد جسامة عدم التنفيذ، إذْ قد يلحق الإخلال التزاما جوهريا في العقد، وقد يلحق التزاما ثانويا، وعليه فإن كان الإخلال قد انصبَّ على التزامٍ رئيسي فإنّ درجة جسامة عدم التنفيذ تكون كبيرةً، ممّا يبرّر طلب الفسخ، أمّا إذا حصل الإخلال بتنفيذ التزام ثانويٍّ فإنّ درجة جسامة عدم التنفيذ تكون قليلةً، وهو ما يجعل طلب فسخ العقد بسبب ذلك يبدو تعسّفيّا.

وعليه يمكن القول أنَّ طلب الدائن فسخ العقد بسبب عدم النفيذ الجزئي، إذا كان الجزء

---

[1] عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، المرجع السابق، ص177.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

غير المنفّذ التزاماً جوهرياً، فيُعدّ طلب الفسخ مبرّرا ولا يوصف بالتعسّف، لأنّ وجود العقد مرتبطٌ بوجود الالتزام الجوهري، كما في حالة امتناع البائع عن تسليم المبيع، أ وامتناع المشتري عن تسديد ثمن المبيع.

أمّا إذا كان الجزء غير المنفّذ التزاماً ثانوياًّ، فهنا نكون بصدد إمكانيّة تعسّف الدائن في طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ مدينِهِ التزاماً ثانوياً، ففي عقد البيع مثلا يكون الدائن متعسّفا في استعماله لحقّ الفسخ إذا انصبّ عدم التنفيذ على مُلحقات الشيء المبيع، وكلّ ما أعدّ لاستعماله، وكانت قيمة الملحقات أقلّ بكثير من قيمة الشيء المبيع، وقد سلّم البائع الشيء كلّه، فالدائن في هذه الحال يكون متعسّفا في فسخه للعقد، أمّا إذا كانت الملحقات ذات قيمة كبيرة، بالقياس إلى قيمة الشيء الرئيسي، فإنّ فسخ الدائن في هذه الحال هو فسخ مبرّر.

المطلب الثاني:

أثر التعسّف في استعمال حق الفسخ وتطبيقاته على العقود.

كثيرا ما تختلّ العقود أو تفقد توازنها نتيجة لإساءة استعمال الحقّ المخوّل لأحد المتعاقدين فيها، وقد عالج الفقه الإسلامي مثل هذه الحالات والتي تعدّ تعسّفا في استعمال الحق، وهذا ظاهر في مُخْتَلَف اجتهادات علماء الشريعة، وبارز في العديد من الاستنباطات الفقهيّة لهم، كما أنّ المقننين وفقهاء القانون لم يفوّتوا ذلك بدورهم، إذْ تحدّثوا عن موضوع التعسف في استعمال الحق عموما وأسقطوه على العديد من العقود خاصّة في جانب الفسخ، وسأتناول أهمّ هذه العقود على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وذلك من خلال فرعين:

الفرع الأوّل: تطبيقات التعسّف في استعمال حقّ الفسخ في عقود الانتفاع.

الفرع الثاني: تطبيقات التعسّف في استعمال حق الفسخ في عقود العمل.

الفرع الأوّل: تطبيقات التعسّف في استعمال حق الفسخ في عقود الانتفاع.

تعتبر العقود المتعلّقة بالملكيّة والانتفاع بالشيء من أشهر العقود وأكثرها جريانا بين النّاس، إذ لا تكاد تخلوا معاملة من معاملات النّاس وليس لها تعلّق بالملكيّة والانتفاع بالشيء، ومن أهمّ هذه العقود، عقد الإيجار وعقد المقايضة وعقد العارية...إلى غير ذلك.

أوّلا: تطبيقات التعسف على عقد الإيجار: يندرج عقد الإيجار ضمن العقود الناقلة للانتفاع بالأشياء وعقود الخدمات، ورغم انتشار مثل هذا النوع من العقود في مختلف معاملات الناس هذا العصر، إلّا أنّ عقد الإيجار لم يكن معروفاً في الزمن الماضي، حيث تأخّر في ظهوره عن عقدي البيع والمقايضة، ولمكانته بين العقود فقد حظي بنصيبٍ وافر من الاهتمام، وهذا ظَاهِرٌ عند فقهاء الشريعة، وفي مختلف الأنظمة والتشريعات القانونيّة.

1_ تعريف الإيجار أو الإجارة: لقد عُرِّفت الإجارة بتعريفات كثيرة ومختلفةٍ، سواءٌ في المذاهب الفقهية، أو في القوانين المدنيّة، ومن بين هذه التعريفات ما يلي:

أ_ تعريف الإجارة لغة: الإِجارةُ، والأُجْرَةُ: الْكِرَاءُ. تَقُولُ: استأْجرتُ الرجلَ، فَهُوَ يأْجُرُني ثمانيَ حِجَجٍ أَي يَصِيرُ أَجيري، والأُجْرَةُ والإِجارَةُ والأُجارة: مَا أَعْطيتَ مِنْ أَجرٍ، والأَجْرُ: الجَزَاءُ عَلَى الْعَمَلِ، وَالجَمْعُ أُجور، والإِجارَة: مِنْ أَجَر يَأْجِرُ، وَهُوَ مَا أَعطيت مِنْ أَجْر فِي عَمَلٍ.[1]

ب_ تعريف الإجارة شرعا:

عرَّف بعضهم الإجارة بأنها: "بيع المنفعة"[2]، ويؤخذ على هذا التعريف بأن الإجارة بيع، وبأن هذا التعريف غير مقيد بمعلومية المنافع، وغير مقيد بأن الإجارة قابلة للبذل والإباحة.

وعرَّفت بأنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً"،[3] ويؤخذ على هذا التعريف كذلك بأنه لم يقيد تعريف الإجارة بأنها قابلة للبذل والإباحة، وأنها بعوض معلوم.

وعرَّفها آخرون بأنها: " بيع منافع معلومة بعوض معلوم"،[4] ويؤخذ على هذا التعريف كذلك بأنه جعل الإجارة بيع، وهذا التعريف لم يقيد الإجارة بأنها قابلة للبذل والإباحة.

وجاء في تعريفها بأنها: "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم"،[5] وهذا تعريف جامع لما يتضمّنه مصطلح الإجارة بصفة عامّة، لأنّه قيّد هذا العقد بكونه منفعةٌ معلومة، والتي تكون قابلة للبذل والإباحة، ووجود العوض مقابلها، وهذا هو التعريف المختار.

جـ_ تعريف الإجارة في القانون المدني الجزائري:

عرّف المقنن الجزائري الإيجار في المادّة 467 من القانون المدني بقوله:" الإيجار عقد يمكن

---

[1] انظر: أبو الحسن المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، المرجع السابق، ج7، ص485. وانظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص10-11.

[2] انظر: الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج3، ص173.

[3] منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة الحكومة، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السعوديّة، د: ط، د: ت، ج3، ص537.

[4] الشيخ علي الصعيدي العدوي، حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، د: ط، 1357هـ_1938م، ج2، ص152.

[5] محمّد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج2، ص332.

المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم يجوز إن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل أخر".[1]

والذي يظهر مما تقدم أن التعريف الفقهي للإجارة يختلف عن تعريف القانون المدني الجزائري لها، حيث أن التعريف الفقهي يشترط أن تكون المنفعة مباحة، فلا تجوز الإجارة على الغناء والمحرمات، بخلاف تعريف القانون المدني الجزائري، والذي لا يميز بين الإباحة وغيرها.

2_ أدلة مشروعية عقد الإجارة:

الأدلّة على مشروعية عقد الإجارة كثيرة في الكتاب وفي السنّة النبوية والإجماع.

أ_ أدلة مشروعية عقد الإجارة من الكتاب الكريم: يستدل لمشروعية الإجارة من القرآن الكريم بمجموعة من الآيات، منها: **قوله تَعَالَىٰ:**﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[2].

يقول الشوكاني عند تفسيره لهذه الآية الكريمة: "والمعنى أن المطلقات إذا أرضعن أولاد الأزواج المطلقين فلهن أجورهن على ذلك"[3]. وهذا دليل على مشروعية عقد الإجارة، حيث أوجب الشارع الأجرة للمرضعة على ولي أمر الرضيع.

ويستدل لمشروعية الإجارة كذلك **بقوله سبحانه وتعالى:** ﴿ قَالَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ ﴿٢٦﴾ ﴾[4]

يقول ابن كثير: "أي قالت إحدى ابنتي هذا الرجل لأبيها: "يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ"، أي: لرعيه هذه الغنم"،[5] والآية الكريمة تدل على مشروعية عقد الإجارة، حيث تم العقد بينهما على رعي

---

1 القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2 الطلاق الآية {06}.

3 محمّد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الناشر: محفوظ العلي، بيروت، الأردن، د: ط، د: ت، ج5، ص245.

4 القصص، الآية {26}.

5 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج6، ص206.

الغنم، ورعي الغنم من عقود الإجارة.

ب_ أدلة مشروعية عقد الإجارة من السنة النبوية المطهرة:

يستدل لمشروعية عقد الإجارة من السنة النبوية المطهرة بما روت عائشة رضي الله عنها قالت: "**واستأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الديل، هادياً خِريتاً وهو على دين كفَّار قريش فأمَّناه، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليالٍ ثلاث، فارتحلا**".[1] يقول ابن حجر: "وفي الحديث جواز استئجار المسلم الكافر على هداية الطريق إذا أمن إليه، واستئجار الاثنين واحدا".[2]

ويستدل لمشروعية الإجارة كذلك بما ورد عن عبد الله بن السائب، قال: دخلنا على عبد الله بن معقل فسألناه عن المزارعة، فقال زعم ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: لا بأس بها**"[3]. وهذا الحديث يدل على مشروعية الإجارة، وفيه دليل على جواز كراء الأرض.[4]

ويستدل للإجارة كذلك بما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله: "**ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعْطِه أجره**". ويدل هذا الحديث على مشروعية الإجارة، وفيه: ورجل استأجر أجيراً، أي: "استوفى منفعته بغير عوض وكأنه أكلها ولأنه استخدمه بغير أجر".[5]

---

[1] محمّد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، ج3، ص88، رقم الحديث: 2263.

[2] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج4، ص347.

[3] مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب في المزارعة والمؤاجرة، ج3، ص1184، رقم الحديث: 1549.

[4] النووي، صحيح مسلم شرح النووي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت، ج10، ص198.

[5] ابن حجر، فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص347.

جـ_ أدلة مشروعية الإجارة من الإجماع:

يقول الكاساني: "فإن الأمة أجمعت على ذلك حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ بخلافه إذ هو خلاف الإجماع".[1]

3_ الأحكام العامّة لعقد الإيجار:

يتسم عقد الإيجار بخصائص معيّنة تميّزه عن سائر العقود، حيث يعتبر من العقود الملزمة للجانبين، كما يطغى عليه الجانب الرضائي، إذ لابدّ أن يتمّ بتوافق إرادتي المؤجّر والمستأجر دون اشتراط شكل معيّن، إلّا أنّ استعمال هذا الحق من طرف كلا الجانبين لا يخلوا من تجاوزات وتعسّف، لذلك وضع كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري مجموعةً من الضوابط التي تحكم العلاقة بين الطرفين في هذا العقد، ومن بين هذه الضوابط ما يلي:

أ_ التزام المؤجّر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجّرة والتزامه، بصيانتها إضافةً إلى ضمان عدم التعرّض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفيّة، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة وإجراء الترميمات الإيجاريّة، وكذلك ردّ العين المؤجّرة عند انتهاء عقد الإيجار على الحال التي كانت عليه عند انعقاد الإيجار، وترتبط التزامات كليهما ارتباطا وثيقا، بحيث لو أُبْطِلَ أَحَدُهُما أو انقضى بطل التزام الآخر، ومنه فعقد الإيجار خاضعٌ لقواعد الفسخ إذا ما أخلَّ أحدهما بالتزامٍ من التزاماته.

جاء في موسوعة الفقه الإسلامي أنّه:" يُلْزَمُ المستأجر دفع الأجرة المتفق عليها، وإذا ارتفعت الأجور فليس للمؤجر فسخ الإجارة، أو إلزام المستأجر أثناء مدة العقد بزيادة الأجرة، أو ترك المحل المستأجر، وينتهي عقد الإجارة بهلاك العين المؤجرة المعينة، وانقضاء مدة الإجارة، والإقالة، وحدوث عيب في العين المستأجرة، وخراب الآلة بسببٍ من غير المستأجر ونحو ذلك،

---

[1] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج4، ص174. وانظر: علي بن أحمد بن حزم، مراتب الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، د: ط، د: ت، ص60، حيث يقول: لا إجماع فيها، فقد منع منها كلها قوم من أهل العلم، وإن كان الجمهور على إجازتها.

كما تنتهي بإفلاس المستأجر، أو لحوق المؤجر دين لا يمكن استيفاؤه إلا من العين المؤجرة، ولا تنفسخ الإجارة بموت أحد الطرفين، ولا ببيع العين المستأجرة، ومن استؤجر لعمل خاص ثم مات فإن الإجارة تنفسخ"[1].

ب_ بالنّسبة لإيجار ملك الغير الأصل فيه عدم نفاذه في حق المالك[2]، ومجابهة المالك لمن أجّر أو استأجر مُلكه، لعدم نفاذ التعاقد على استغلاله، ليس فيه تعسّف في استعمال الحق، وأثر ذلك انتفاء الخطأ الموجب للمسؤوليّة فيما اتخذه من إجراءات قانونيّة لحماية الحقّ وتأكيده.

جـ_ يلتزم المستأجر بالمحافظة على العين المؤجّرة واستعمالها الاستعمال المألوف، وعدم اقتصاره على الأعمال الصادرة من شخصه، كاتساعه لضمان الأعمال الصادرة من الأشخاص الذين مكّنت لهم صلتهم بالمسْتَأْجِرِ الإضرار بالعين أو إساءة استعمالها، وأَثَرُ ذلك وجوب إصلاح التلف وتعويض المؤجّر إن كان هناك مقتضٍ، جاء في فقه السنّة أنّه:" على المؤجر أن يدفع العين المؤجرة للمستأجر ويُمَكّن من الانتفاع بها، ويجب على المستأجر المحافظة على العين المستأجرة، وأن يدفع الأجرة عند حلولها"[3]. كما نصّت كل من المواد 495 _ 496 من القانون المدني الجزائري على ذلك.

د_ الأصل في عقد الإيجار أن ينتهي بانتهاء المدّة المحدّدة فيه[4]، ورغبة أحد الطرفين في إخلاء العين المؤجّرة لابدّ أن تتم مع تنبيه الطرف الآخر قبل الإخلاء، حيث جاء في نصّ المادّة 502 من القانون المدني أنّه:" يجب على المستأجر أن يردَّ العين المؤجّرة عند انتهاء مدّة الإيجار فإذا أبقاها تحت يده دون حق وجب عليه أن يدفع للمؤجّر تعويضا باعتبار القيمة

---

[1] انظر: محمّد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3، ص539.

[2] انظر: عبد الله بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز إشبيليا، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1434هـ-2014 م، ج1، ص56.

[3] مجموعة مؤلّفين، الفقه الميسّر في ضوء الكتاب والسنّة، مجمع الملك فهد، د: ط، 2003م _ 1423هـ، ج1، ص243.

[4] انظر: ذبيان بن محمّد الذبيان، المعاملات الماليّة أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ج5، ص505.

الإيجاريّة للعين وباعتبار ما لحق المؤجّر من ضرر".[1]

هـ_ مسؤوليّة المستأجر عمّا يصيب العين المؤجّرة أثناء انتفاعه بها، من تلف أو هلاك ناشيء عن استعمالها استعمالاً غير مألوف، ويلتزم بردّ العين على الحال التي تسلّمها عليها إلّا ما يكون قد أصابها من هلاك أو تلف لسببٍ لا يد له فيه[2]، وهذا ما نصّت عليه المادّة 503 من القانون المدني الجزائري.

ثانيًا: تطبيقات التعسف على عقد العارية: يعتبر بذل العارية للمحتاج إليها قربةٌ ينال بها المعير ثواباً وفضلا عظيما، فهي ممّا يؤكّد وحدة المسلمين وتوادهم وتعاونهم، لأنّها تدخل في عموم التعاون على البرّ والتقوى، ولأهميتها وضعت الشريعة الإسلاميّة أحكاما خاصّة بها باعتبارها معاملَةً شائعةً بين النّاس.

1_ تعريف العاريّة:

أ_ في اللّغة: العارية من التعاور، وهو التداول والتناوب مع الردّ، والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل وعلى الشيء المعَار، والاستعارة طلب الإعارة.[3]

ب_ وفي الاصطلاح: عرّفها الفقهاء بتعاريف متقاربة، فقال **الحنفيّة** أنّ الْعَارِيَّةُ: "تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ".[4]

كما عرّفها **المالكيّة** بنفس تعريف الحنفيّة تقريبا فقالوا بأنّها:" تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ بِغَيْرِ عِوَضٍ".[5] وذهب **الشّافعيّة** إلى أنّها:" إباحة الانتفاع من أهل التبرع بما يحل الانتفاع به مع

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] انظر: الفقه الإسلامي وأدلّته، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج5، ص3847.

[3] انظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج4، ص619. وانظر: أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج2، ص437.

[4] السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج11، ص133.

[5] عثمان بن الحاجب، جامع الأمّهات، تحقيق: أبو عبد الرّحمان الأخضر، دار اليمامة، الطبعة: الثانية، 1421هـ_2000م، ص407.

بقاء عينه ليرده على المتبرع".[1] وهي عند **الحنابلة:**" العَيْنُ المأخوذةُ للانتفاعِ بها بلا عِوَض".[2]

وجاء تعريف العارية في القانون المدني الجزائري: أنّها عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوضٍ لمدّةٍ معيّنةٍ أو في غرض معيّن على أن يردّه بعد الاستعمال".[3]

ويظهر من خلال هذه التعاريف في مفهوم العارية أنّ الإنسان قد يحتاج إلى الانتفاع بعين من الأعيان وهو لا يستطيع أن يتملكها، ولا يملك مالاً فيدفع أجرتها، وبعض الناس قد لا تقوى نفسه على الصدقة أو الهبة، ومن هنا شرع الإسلام العارية قضاءً لحاجة المستعير، مع حصول الأجر والثواب للمعير، عند بذل المنفعة لأخيه مع بقاء العين له.

2_ حكم العارية:

لقد اختلف العلماء في حكم العارية إلى أنّ المختار أنّها سنة مندوب إليها، لما فيها من الإحسان، وقضاء الحاجات، وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها، ومن الأثر أنّه كَانَ فَزَعٌ بِالمدِينَةِ **فَاسْتَعَارَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم فَرَساً** مِنْ أَبِي طَلْحَةَ يُقَالُ لَهُ الْمَنْدُوبُ فَرَكِبَ فَلَمَّا رَجَعَ قَالَ: «مَا رَأَيْنَا مِنْ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدْنَاهُ لَبَحْراً».[4]

3_ الأحكام العامّة لعقد العارية:

أ_ للمعير استرجاع العارية متى شاء، ولا يعتبر فعله وطلبه لاسترجاعها في استعمال حقّ فسخ هذا العقد، إلّا إذا ترتب على ذلك إضرارٌ بالمستعير، إذ يعتبر ذلك من قبيل الضّرر الغير

---

[1] محمّد بن قاسم شمس الدين الغزّي، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1425هـ_2005م، ج1، ص188.

[2] عبد القادر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق: د/ محمّد سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، 1403هـ_1983م، ج1، ص440.

[3] القانون المدني الجزائري، المادّة 538.

[4] محمّد البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب: الهبة، باب: بَابُ مَنِ اسْتَعَارَ مِنَ النَّاسِ الفَرَسَ وَالدَّابَّةَ وَغَيْرَهَا، ج3، ص165، رقم الحديث: 2627.

جائز.[1] وقد جاء في نصّ المادّة 547 من القانون المدني الجزائري، أنّه:" يجوز للمعير أن يطلب في أيّ وقت إنهاء العارية في الأحوال التالية:

_ إذا عرضت له حاجةً عاجلة للشيء لم تكن متوقّعةً.

_ إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصّر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.

_ إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان مُعسرا قبل ذلك دون علم من المعير.[2]

ب_ على المستعير أن يبذل كلّ جهده في المحافظة على العاريّة، من أجل ردّها إلى صاحبها على الحالة التي تسلّمها عليها، **لقوله تعالى**:﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾،[3] فإنّما أبيح للمستعير الانتفاع بالعارية في حدود ما جرى به العرف، فلا يجوز له أن يُسرف في استعمالها إسرافاً يؤدِّي إلى تلفها ولا أن يستعملها فيما لا يصلح استعمالها فيه، فإِنْ استعملها في غير ما استعيرت له فتلفت، وَجَب عليه ضمانها، لقوله صلّى الله عليه وسلّم:" **على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه**".[4]

جـ_ المستعير يملك منفعة العارية دون بدل، فليس للمُعِيرِ أن يطلب من المستعير أجرةً بعد الاستعمال، لأنّ العقد بينهما يفيد الإعارة، ولا يفيد الإجارة.

د_ إذا كانت الإعارة مطلقة، أي لم يقيّدها المعير بزمان أو مكان أو بنوعٍ من أنواع الانتفاع، كان للمستعير استعمال العارية في أيّ زمان ومكان شاء، وعلى الوجه الذي يريده، لكن يقيّد ذلك بالعرف وبالعادة، وإذا كانت الإعارة مقيَّدَةً بزمان أو مكان معيّن فيعتبر ذلك قيدا، إذ ليس للمستعير تجاوزه أو مخالفته.

---

[1] انظر: محمّد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3، ص556. وانظر: نص المادّة: 546 من القانون المدني الجزائري.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] النساء الآية {58}.

[4] ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المرجع السابق، كتاب الصدقات، باب العارية، ج2، ص802، رقم الحديث: 2400.

هـ_ ليس للمستعير أن يؤجّر العارية وليس له أن يرهنها بدون إذن من المعير، ومتى طلب المستعير العارية لَزِمَ المستعير ردّها إليه فورا، وإذا أخّرها بلا عذر فتلفت العارية أو نقصت قيمتها فعليه ضمانها.

الفرع الثاني: **تطبيقات التعسّف في استعمال حق الفسخ في عقود العمل.**

من المعلوم أنّه كما يقع التعسّف على العقود المتعلّقة بالملكيّة والانتفاع بالشيء، يمكن أن يقع على العقود المتعلّقة بالعمل على مختلف أشكالها، ومن بين العقود المتعلّقة بالعمل التي قد تكون مناطا للتعسّف في استعمال الحق، عقد المقاولة، وعقد الوكالة...إلى غير ذلك، وسنبيّن أحكام كلّ من هذه العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

أوّلا: **تطبيقات التعسّف على عقد المقاولة**: لقد كثر الإقبال على عقد المقاولة في الوقت الحاضر، وتعدّدت صورها وأشكالها، وقد جعل الفقه الإسلامي لها أحكاما خاصّةً، كما توجّب تنظيم عقد المقاولة في القوانين المدنيّة المعاصرة، ومها القانون المدني الجزائري.

1_ تعريف عقد المقاولة: لفظ المقاولة هو لفظ حديث التداول، لذلك لم تتضمّن المعاجم القديمة هذا المصطلح، في حين نجده متداول في معاجم اللّغة المعاصرة، حيث جاء فيها أنّ معنى المقاولة في **اللغة**: مِنْ قاولَ يُقاول، مُقاولَةً، فهو مُقاوِل، والمفعول مُقاوَل، وقاول فلانًا في الأمر، أي: باحثه وجادَلَه، فاوضه فيه، ومنه قاول بنَّاءً: أعطاه العمل مقاولةً على تعهّد منه بالقيام به. [1]

وفي الاصطلاح: لا يوجد في المدونات الفقهيّة تعريفا شرعياً مباشرا لهذا المصطلح، فهو من المصطلحات المستحدثة، لكنّ هذا العقد قد عرّف معنى وعملاً، من خلال تطابق صوره مع بعض العقود المشروعة في الفقه الإسلامي كالإجارة والاستصناع[2]، وقد ورد ذكر عقد المقاولة بإجمال عند المتأخّرين من الفقهاء والمعاصرين منهم، ليؤكّدوا مدى استيعاب الفقه

[1] أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللّغة العربيّة المعاصرة، المرجع السابق، ج3، ص1872.

[2] انظر: محمّد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة والتوكيلات التجاريّة، القاهرة، مصر، الطبعة: الثانية، 1987م، ص8.

الإسلامي لكلّ ما هو جديد في المعاملات الماليّة، ما دام ضمن الضَّوابط والقواعد العامّة التي أرساها، وفي ذلك جاء تعريف **فقهاء الشريعة الإسلاميّة** المتأخرون لعقد المقاولة بأنّه:" عقد يلتزم أحد الطرفين بمقتضاه صُنْعَ شيءٍ، أو أداء عمل، لقاء عوض دون أن يكون تابعًا له، أو نائبًا عنه". [1]

أمّا **المقنن الجزائري** فلم يختلف تعريفه لعقد المقاولة في معناه العام عن تعريف الفقهاء المسلمين، إذ عرّف المقاولة في نصّ المادّة 549 من القانون المدني الجزائري بأنّه:" عقد يتعهّد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدّي عملاً مقابل أجرٍ يتعهّد به المتعاقد الآخر". [2]

وقد حلّت المقاولة محلّ الاستصناع وإجارة الأعمال، في الفقه الإسلامي وفي التنظيم القانوني، فعبارة "أن يصنع شيئاً" الواردة في التعريف فيها إشارة إلى ما يوجبه عقد المقاولة، فهو يوجب: أحد أمرين:

الأول: التزام المقاول بصناعة شيء، كالأثاث المنزلي مثلًا، وهذا هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بعقد الاستصناع.

الثاني: أداء العمل بإدارة المقاول، وهو ما يسمى بالفقه الإسلامي: الأجير المشترك، وهو الذي يعمل لعامة الناس، كالصباغ والحداد، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن العمل لغيره، فهو يعمل بإدارته مستقلًّا عن صاحب العمل، وليس تابعًا له.

والمقاول لا يخضع لإدارة صاحب العمل، وإشرافه، بل يعمل مستقلًا طبقًا لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعًا لصاحب العمل، ولا يكون صاحب العمل مسئولًا عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع.

وبهذا يتضح أن عقد المقاولة أعمُّ وأشملُ من عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لأن المقاولة تشمل صنع الأشياء، كما تشمل أداء الأعمال التي يستقل بها المقاول عن رب العمل،

---

[1] أبو عمر بن محمّد الذبيان، المعاملات الماليّة أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ج8، ص318.

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

لذلك يشمل عقد المقاولة: التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر، وعقد التوريد، وعقد الإعلان...إلى غير ذلك.[1]

2_ خصائص عقد المقاولة: من خلال النظر في تعريف عقد المقاولة المتقدّم يتّضح أنّ له خصائص يتميّز بها عن غيره من العقود، وأهمّ هذه الخصائص:

أ_ أنّه عقد رضائي: فلا يشترط لانعقاده شكلٌ معيّن، فهو ينعقد بمجرّد ارتباط قبول أحد المتعاقدين بإيجاب الطرف الآخر مع تطابق إرادتيهما.

ب_ أنّ التراضي يقع على عنصرين هما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل الذي يؤدّيه المقاول، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

جـ_ أنّه عقد معاوضةٍ: إذ كلّ واحدٍ من المتعاقدين يسعى ويهدف من وراء هذا التعاقد إلى الحصول على منفعةٍ، مقابل ما يقدّمه الطرف الآخر.

د_ أنّه عقد وارد على العمل: إذ على المقاول أن يقوم بعملٍ معيّنٍ، ويقوم به باستقلال تام، ولا يخضع في ذلك لأيّ نوعٍ من أنواع التبعيّة أو الإشراف من جانب صاحب العمل.

هـ_ أنّ عقد المقاولة هو عقد ممتد ومحدّد: لأنّ الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مستمرّة أو أداءات دوريّة، كما أنّه يمكن لكلّ من طرفيه أن يحدّد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدّمها إلى المتعاقد الآخر.

3_ الأحكام العامّة لعقد المقاولة: يخضع عقد المقاولة لمجموعة من الأحكام من أجل ضمان عدم إضرار أي طرف بالآخر، أو وجودِ تعسّفٍ في استعمال الحق من أيّ جانب، وقد قاسه العلماء المعاصرين على عقد الاستصناع الذي كان موجودا عند القدماء وألحقوا أحكامه بهذا الأخير.

أ_ يجب على المقاول إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقًا للشروط

[1] أبو عمر بن محمّد الذبيان، المعاملات الماليّة أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ج8، ص319.

الصحيحة الواردة في هذا العقد، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف، وبخاصة أصول الصنعة تبعًا للعمل الذي يقوم به المقاول، وإذا كان العقد مؤقتًا وجب الالتزام بالمدة المتفق عليها، وفاءً بالشَّرط، ولأن رب العمل ما ضرب الأجل إلَّا وله فيه مصلحةٌ، فلا يحق للمقاول تفويتها عليه.

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزامًا ببذل عناية، فلا يكفي لإعفاء المقاول من مسؤولية التأخر أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد، ولكنه لم يتمكن من ذلك، بل يجب عليه حتى تنتفي مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي، فإذا أثبت القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو فعل الغير انتفت مسؤوليته بشرط ألا يكون ذلك مسبوقًا بخطأ منه، وإلا كان مسؤولًا بقدر هذا الخطأ.

ب_ يجب على المقاول تسليم العمل فور الانتهاء منه، لأن هذا هو مقتضى العقد، ويكون التسليم بجعل موضع المقاولة تحت سلطة وتصرف صاحب العمل، وإذا حان ميعاد التسليم، وكان للمقاول أجرٌ مستحق في ذمة صاحب العمل ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره وليس في ذلك تعسّفٌ في استعمال الحق.

وقد نصّت المادّة 558 على أنّه:" عندما يتمّ المقاول العمل ويضعه تحت تصرّف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تَسَلُّمِهِ في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلّم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أنّ العمل قد سلّم إليه، ويتحمّل كلّ ما يترتّب على ذلك من آثار".[1]

جـ_ يلتزم صاحب العمل ببذل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، لأن هذا هو موجب العقد، فالمقاول مُطَالَبٌ بالعمل بمقتضى العقد، ولا يمكنه البدء فيه، ولا المضي في تنفيذه إلا بتمكين صاحب العمل منه.

---

[1] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

دــ إذا تأخر رب العمل في تمكين المقاول من إنجاز العمل، فإن المقاول لا يتحمل ما يترتب على هذا التأخير من غرامات، كما لو كان في العقد شرط جزائي بأن يسلم المقاول العمل في مدة متفق عليها، بل للمقاول أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جرّاء عدم قيام رب العمل بالتزامه، أو من جراء تأخره في القيام به، لأن المقاول إذا منع من تنفيذ العمل فإنه يلحقه بذلك ضرر مالي في الوقت الذي لا يمكنه من الارتباط بعقود أخرى بسبب ارتباطه مع رب العمل مدة العقد، فإن أصرَّ ربُّ العمل على عدم تمكين المقاول من العمل فله أن يفسخ العقد ولا يعتبر متعسّفا في هذا الحال.

هـــ إذا عجز المقاول عن إتمام العمل بأن أصبح عاجزا لا يستطيع إتمام العمل لسبب لا يد له فيه من مرض أو حادث جسيم، فإنّ المقاولة تنتهي ويستحقّ المقاول قيمةَ ما أتمّ من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ، فالمقاولة كالاستصناع تنتهي بِتَمَامِ العمل، وَتَسْلِيمِ الْعَيْنِ، وَقَبُولِهَا، وَقَبْضِ الثَّمَنِ، وكَذَلِكَ تنْتَهِي بِمَوْتِ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ.[1]

ثانيا: تطبيقات التعسّف على عقد الوكالة: يعتبر عقد الوكالة من عقود التفويضات التي تتضمّن تفويض الغير، وإطلاق يده للتصرّف في عملٍ كان ممنوعا عليه من قبل، وقد تقرّر هذا النوع من العقود في الشريعة الإسلاميّة وفي مختلف القوانين الوضعيّة، ووضعت له مجموع الأحكام كي لا يُساء استعماله وفيما يلي بيان لماهيته، وتوضيح لأحكامه.

1ــ تعريف الوكالة: الوكالة **لغةً**: الوَكالة والوِكالة بفتح الواو وكسرها، لها معان عدّة وكثيرة، ومن هذه المعاني: الحِفظ والتفويض، تقول وكّلت فلاناً إذا استحفظته، ووكلت الأمر إليه، يُقَال: وَكَّلْته بأَمر كذا توكِيلًا، والتَّوَكُّل: إِظْهارُ العَجْزِ والاعْتماد على غيرك، واتّكلت على فُلَان في أَمري إذا اعْتمدته.[2]

والوكالة قد عُرّفت في **الاصطلاح الشرعي** بعدّة تعريفات من بينها ما يلي:

[1] انظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، المرجع السابق، ج3، ص329.

[2] انظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج11، ص736.

عرّفها **الحنفيّة** بأنّها:" تَفْوِيض التَّصَرُّف وَالْحِفْظ إِلَى الْوَكِيل".[1] وهي بهذا المعنى لا تختلف عن التعريف اللّغوي. وعرّفها **المالكيّة** بقولهم:" هي نِيَابَةُ ذِي حَقٍّ غَيْرِ ذِي إمْرَةٍ وَلَا عِبَادَةٍ لِغَيْرِهِ فِيهِ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ بِمَوْتِهِ".[2]

كما عرّفها فقهاء **الشافعيّة** بأنّها:" تفويض شخص شيئا، له فعلُه مما يقبل النيابةَ إلى غيره ليفعله حالَ حياته".[3] وعند **الحنابلة** هي:" استنابَةُ إنسانٍ جائزِ التصرفِ مثلَهُ فيما تدخُلُه النيابة".[4]

وجاء في **القانون المدني الجزائري** تعريف الوكالة، حيث جاء نصّ المادّة 571 من القانون المدني كالآتي:" الوكالة أو الإنابة هو عقدٌ بمقتضاه يفوّض شخصٌ شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه ".[5]

2_ أدلّة مشروعيّة عقد الوكالة: وَقَدْ عُرِفَ جَوَازُ هَذَا الْعَقْدِ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ.

أ_ من الكتاب: قَوْلُهُ تَعَالَى:﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ وَلۡيَتَلَطَّفۡ وَلَا يُشۡعِرَنَّ بِكُمۡ أَحَدًا ﴾[6].
وَذَاكَ كَانَ تَوْكِيلاً، وَقَدْ قَصَّهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنْ أَصْحَابِ الْكَهْفِ بِلاَ نَكِيرٍ.[7]

وَقَوْلِهِ أيضاً: قَالَ تَعَالَى:﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

[1] محمّد أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ج3، ص227.
[2] محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص68.
[3] محمّد شمس الدين الغزّي، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، المرجع السابق، ج1، 183.
[4] عبد القادر بن سالم التغلبي، نَيْلُ المآرِب بشَرح دَلِيلُ الطَّالِب، تحقيق: سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، 1403هـ-1983م، ج1، ص403.
[5] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[6] الكهف الآية {19}.
[7] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص37.

خَبِيرًا ﴾[1]. فهذه الآية الكريمة تَدُل على مَشْرُوعيَّةِ الوكالة، وهذا بِنَاءً على الرَّأي القَائِل بأنَّ الحَكَمَ وكيل عن الزَّوجين.[2]

ب_ من السُّنَّةُ: ما ورد في الأثر عن عروة" **أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، فَجَاءَ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوِ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ**".[3] فهذا الحدِيث يدل على مَشرُوعِيَّةِ الوكالة في البيع والشِّراء لأنّها من فعل النبي صلى الله عليه وسلّم.

وما رُوي أيضا " **أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ حكيم بن حزام لِيَشْتَرِيَ لَهُ أُضْحِيَّةً بِدِينَارٍ فَاشْتَرَى أُضْحِيَّةً فَأُرْبِحَ فِيهَا دِينَارًا فَاشْتَرَى أُخْرَى مَكَانَهَا، فَجَاءَ بِالأُضْحِيَّةِ وَالدِّينَارِ إِلَى رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: ضَحِّ بِالشَّاةِ وَتَصَدَّقْ بِالدِّينَارِ**".[4]
فهذا الحَدِيث يدل على جواز التَّوكيل في شراء الأضحيَة وتقسيمها والتَّصدق بالمال.

وعن جَابِرِ بن عَبْدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عْنهما قَال: " أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ، فَأَتَيْتُ رَسُول الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَلَّمْتُ عليه، وقلتُ لَهُ: إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ، فَقَال: **إِذَا أَتَيْتَ وَكِيلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقًا، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ**".[5] فهذا الحديث يدل على مشروعيَّة الوَكالَة.

جـ_ الإِجْمَاعُ: فقد أجمع الفقهاء على جواز الوكالة ومَشْرُوعِيَّتِهَا منذ عصر رَسُول الله صلى الله عليه وَسَلَّم إلى يومنا هذا، ولم يُخالف في ذلك أحد من المسلمين.[6]

---

[1] النساء الآية {35}.

[2] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج1، ص493.

[3] محمّد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب المناقب، ج4، ص207، رقم الحديث: 3642.

[4] محمّد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، المرجع السابق، أبواب البيوع، ج3، ص550، رقم الحديث: 1257.

[5] أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب في الوكالة، ج5، ص475.

[6] شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص231.

3_ الأحكام العامّة لعقد الوكالة: الوكالة عقد جائز، لأنها من جهة الموكل إذنٌ، ومن جهة الوكيل بذلُ نفع، وكلاهما غير لازم، فلكل واحد منهما حق فسخِها متى شاء.

أ_ في الوكالة العامة: اختلف العلماء في جواز الوكالة العامة، كأن يقول الموكل: اشترِ لي ما شئت أو ما رأيت فقال الحنفية والمالكية بجوازها[1] مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن، لأنه فوَّض الرأي إليه كما في عقد المضاربة.

وقال الحنابلة والشافعية: لا يصح التفويض العام كأن يوكِّلُه في كل قليل وكثير[2]، لوجود الغرر الكثير الذي لا ضرورة لاحتماله، ولا بد وأن تكون الوكالة خاصة في ثوب معين أو بيت معين ونحو ذلك.

وقد نصّ القانون المدني الجزائري على عدم صحّة الوكالة الواردة بألفاظ عامّة لا تخصيص فيها، إلّا فيما يخصّ العقود الإداريّة، وهو مبيّن في المادّة 573 من نفس القانون.[3] فإذا حدث وأن تجاوز الوكيل الحدود الخاصّة إلى الحدود العامّة للوكالة اعتبر تعسّفا في استعمال الحق.

ب_ توكيل الوكيل لغيره: ليس للوكيل أن يوكل فيما وكِّل فيه آخر ينوب عليه إذا كان يتولّاه ولم يعجزه، إلا أن يأذن له في التوكيل، ويستثنى من ذلك ما يلي:

_ أن يكون الموكَّل فيه مما لا يليق بمروءة الوكيل كبيع دابة في السوق.

_ أن يكون الموكَّل فيه كثيراً لا يمكنه القيام به بنفسه.

_ أن يكون الموكَّل فيه مما يحتاج إلى مهارة خاصة كقياس مساحة، وصلاحية الأجهزة ونحو ذلك.

---

[1] انظر: السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج11، ص175. وانظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ج3، ص232.

[2] عبد الملك بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428هـ-2007م، ج7، ص51.

_ أن يعجز الوكيل عن القيام بالعمل.[1]

وهذا ما ذهب إليه المقنن الجزائري في نصّه عن حال إنابة الوكيل غيره عنه، فإن لم يكن مرخّصا للوكيل بذلك، فإنّ الوكيل ونائبه في هذه الحال متضامنين في المسؤوليّة، لأنّ الوكيل قد تجاوز حدوده، أمّا إذا كان مرخّصا له فالوكيل لا يكون مسؤولاً إلّا عن خطئه في اختيار نائبه.[2]

جـ_ صفة يد الوكيل: يد الوكيل على ما وكل فيه يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي حتى ولو كانت الوكالة بجُعل، لأن الوكيل نائب عن الموكِّل في التصرف فيما تحت يده، فكانت يدُه كيدِ موكّله، فكما أن المالك لا يضمن ما تلف في يده من مِلكه، فكذلك وكيله[3].

د_ تعدد الوكلاء: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّه إذا تعدَّد الوكلاء فليس لأحدهم الانفراد بالتصرف بدون مشاورة الآخر، إلا إذا أذن لهم الموكل بإفراد التصرُّف، فيجوز لكل واحد منهم أن يستقل بالتصرف دون الرجوع إلى الآخر، أمّا الحنفية فيقولون بجواز أن يقوم كل واحد بما وكِّل به، دون حاجة لاستشارة الآخر[4].

وجاء نص المادّة 579 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" إذا تعدّد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضّرر الذي أصاب الموكّل نتيجة خطأٍ مشترك على أنّ الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يُسألون عمّا فعله أحدهم متجاوزاً حدود الوكالة أو متعسّفاً في تنفيذها. وإذا عيّن الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخّص في انفرادهم في العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلّا إذا كان العمل ممّا لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه".[5]

هـ_ التوكيل بالبيع والشراء: التوكيل بالبيع والشراء لا يخلو من أمرين: إما أن يكون مطلقا،

---

[1] انظر: محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3، ص522.
[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، المادّة 580.
[3] انظر: أبو المعالي برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعمان، المرجع السابق، ج7، ص614.
[4] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 7 ص3374، وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص214.
[5] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

وإمّا أن يكون مقيَّدا، فإن كان مقيدا يراعى فيه القيد، وأما التوكل المطلق بالبيع والشراء فإن جمهور الفقهاء يرون أن الوكيل ليس له أن يبيع أو يشتري إلا نقدا بنقود أهل البلد وبثمن المثل، لا بنسيئة ولا بغبن فاحش،[1] ويجوز التوكيل في تجزئة البيع والشراء ما لم يحصل فيه ضرر فاحش وكان الموكل ببيعه أو شرائه مما يقبل التجزئة.

و_ **انتهاء الوكالة:** يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري على أنّ الوكالة تنتهي عند تمام الشيء الموكل فيه أو انتهاء الأجل المحدد للوكالة، أو تصرف الموكل بنفسه فيما وكل فيه أو صدور الحجر على الموكل أو تلف العين الموكل بها، أو زوال عقل الموكل أو الوكيل أو وفاتهما أو أحدهما.[2] ويضع القانون المدني الجزائري أحكاما خاصّة من أجل ضمان عدم تعسّف أحد الطرفين في استعمال حقّ إنهاء الوكالة وفسخها:

_ يُلزم الموكّل بتعويض الوكيل عن الضّرر الذي لحقه من جرّاء التنازل في الوقت غير المناسب.

_ لا يجوز للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى كانت صادرةً لصالح أجنبيٍّ بهذا التنازل.

_ يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها بحيث لا تتعرّض للتلف وذلك على أيّ وجه تنتهي به الوكالة.

---

[1] انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، المرجع السابق، ج5، ص4078.

[2] محمد بن إبراهيم التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصداء المجتمع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الحادية عشرة، 1431هـ-2010م، ج1، ص747. وانظر: القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، المادّة: 586.

خاتمة

الخاتمة:

الحمد للّه الذي وفّقني وأعانني بفضله ورحمته على إتمام هذا البحث المتواضع، والذي توصّلت من خلاله إلى عدّة نتائج، أُجمل أهمّها فيما يلي:

1_ أنّ الحقّ هو مصطلحٌ ذو إطلاقات متعدّدةٍ في اللّغة، فقد يُقصد به معنى الثّابت واللّازم والواجب، كما يُطلق في بعض الأحيان على الصّدق والنّصيب والمال والملك، كما يمكن تعريفه في الاصطلاح الشرعي بأنّه:" اختصاص يُقِرُّ به الشّرع سُلطةً على شيء أو اقتضاء أداءٍ من آخر تحقيقاً لمصلحةٍ معيّنةٍ"، وفي نفس هذا المعنى عرّفه فقهاء القانون، إلّا أنّهم أسندوا الإقرار فيه إلى القانون وليس إلى الشّرع.

2_ يختلف التعريف الفقهي للحق عن التعريف القانوني، في مُستمَدّ مشروعيّة الاستئثار أو الاختصاص المنشيء للسّلطة على الشيء حتّى يتميّز بالحماية، فمُنْشِيء الحقّ في الفقه الإسلامي هو الحكم الشّرعي، بينما في القانون، القاعدة القانونيّة هي ما يستمدُّ منها مركز الاختصاص لصاحب الحقِّ مشروعيّته.

3_ يختلف تقسيم الفقه الإسلامي للحقوق عن التقسيم القانوني، فالفقه الإسلامي أكثر توسّعا في تقسيم الحقوق وأكثر اعتبارا للجانب المعنوي والديني فيها.

4_ أنّ التعسّف هو مُصطلح يدلّ معناه على الجور والظلم والاستبداد، وقد استعمل فقهاء الإسلام المتقدّمون مصطلح الإساءة أو المضارّة، إذ أنّ مصطلح التعسّف هو ترجمة لمصطلح "Abus"، الذي وضعه فقهاء القانون الوضعي الغربيون.

5_ لم يحظ التعسّف باهتمام من قبل فقهاء الإسلام المتقدّمين لندرة الوقائع والقضايا التي حدث فيها التعسّف أو المضارة في الحقوق نظرا لقوّة الوازع الديني لدى الأفراد في ذلك العصر، أمّا فقهاء القانون فقد تطرّقوا لمفهوم التعسّف ولكن كمركّب لفظي مع الحقّ أو مع السّلطة،

أو مع الشروط.

6_ يختلف لفظ التعسّف ويتميّز عن بعض المصطلحات والأنظمة القانونيّة التي قد تتشابه معه كالخطأ والتعدّي والمجاوزة.

7_ أدقّ تعريف للتعسّف في استعمال الحقّ هو تعريف الأستاذ فتحي الدُرَيْني، والذي عرّف التعسّف في استعمال الحق بأنّه:" مناقضة قصد الشارع في تصرُّف مأذونٍ فيه شرعاً بِحسب الأصل".

8_ أنّ الفقه الإسلامي لا يخضع في أيٍّ من جوانبه للإرادة الإنسانيّة المتغيّرة وفق النزوات والأهواء، بل يستند إلى أصول تشريعيّة ربّانيّة مستمدّةٌ من الكتاب والسُنّة، فهو ثابتٌ في أصله متنوّعٌ في فروعه.

9_ يتّفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في غاية تشريع الحقوق على مبدأِ حماية المصلحة المشروعة، بينما يبقى الفقه الإسلامي أكثر مرونة في بناء الحقوق على المقاصد.

10_ الشريعة الإسلاميّة هي الأساس الذي يُمارس الحقُّ في إطاره، وهي الميزان الذي يزن تصرّفات العباد وحقوقهم، فالحقّ إنّما نشأ بِحُكم اللّه هبَةً ومِنْحة.

11_ المسؤوليّة المدنيّة هي مناط التعسّف في استعمال الحق، وهذا الأخير ذو طبيعةٍ خاصّة، فهو لا يندرج تحت أحكام المسؤوليّة العقديّة لعدم تصوُّر وجود عقدٍ بين الطرفين، كما أنّه لا يدخُل تحت أحكام المسؤوليّة التقصيريّة، وهو مُختلف عن الخطإِ، رغم أنّ المقنّن الجزائري وَضعه تحت قسم المسؤوليّة عن الأفعال الشّخصيّة.

12_ يخضع التعسّف في استعمال الحقّ إلى معايير ودعامات فقهيّة مختلفة، سواءٌ في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي، وتتميّز أسس الفقه الإسلامي عن غيرها بالدّقة، كما يغلب

فيها البعد الديني والأخلاقي على البُعد المادّي، بينما ترتكز أسس القانون الوضعي على البعد المادّي فقط.

13_ نظريّة التعسّف في استعمال الحق ومبادئها راسخةٌ في أصول الفقه الإسلامي وفي فروعه وفي تطبيقاته، وقد دلّ على اعتبار التعسّف في استعمال الحقّ نصوصُ القرآن الكريم والسنّة النبويّة وعمل الصّحابة واجتهاد الفقهاء والعلماء.

14_ تطبّق نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ على نطاق واسع، فهي تمسّ العقود والمعاملات بأنواعها، كما تطبّق على كثير من أحكام الأسرة.

15_ حقّ الخُلع شُرع للزّوجة في مقابل إعطاء العِصمة للزّوج، ولا يَحِقّ للزوجةِ أن تحيد عن القصد الشرعيّ من إعطاء هذا الحقِّ لها إلى قصد الإضرار بالزّوج، وإلّا اعتُبر ذلك تعسّفٌ في استعمال الحق.

16_ حقّ تأديب الزوجة يخضع لمجموعة من الشروط، فإذا ما حاد الزّوج بقصده وفي استعمال حقّ التأديب عن المقصود الشّرعي، فإنّ تصرُّفُه يُكيَّف على أنّه تعسُّف في استعمال الحقّ، فهو حقٌّ مشروع بشروط وضوابط وفق أسبابٍ محدّدةٍ ومقدّرةٍ.

17_ حق الملكيّة هو حقٌّ ثابت في الإسلام، لكن وفق حدود، ويمكن للحاكم أو وليّ الأمر تقييد بعض الحقوق في هذا المجال دون اعتبار فعله تعسّفا في استعمال الحق، أو تقييدها منعا للتعسف في استعمالها.

18_ حقوق الارتفاق لها أحكامٌ عامّةٌ، تقتضي بقاؤها إذا ما ثبتت، ما لم يترتّب على بقاءها ضررٌ بالغير، فإن ترتّب على بقاءها ضرر بالغير أو أذى له، وَجَب إزالتها عملا بالحديث النبوي:" لا ضرر ولا ضرار".

19_ لابدّ من استعمال كلّ المعايير الفقهيّة عند تقرير التعسّف في استعمال الحق، لأنّ إهمال أيّ عنصُر أو معيار قد يُؤدّي إلى عدم تشخيص مناط التعسّف وبالتالي عدم اعتباره.

20_ نصّ المقنن الجزائري على نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ، ووضع ثلاث معايير للتعسّف، وردت في المادّة 124 معدّلة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وفي ذلك إشارةٌ إلى أنّ المقنن الجزائري يترك للقاضي السلطة التقديريّة، والذي يكيّف القضيّة حسب تقديره.

21_ نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ من النظريّات المتجذّرة في مسار الفقه القانوني، وهي ثابتة في جميع الأنظمة القانونيّة بما في ذلك النظام القانوني الجزائري، وقد طبّق الفقه القانوني نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ على نطاق واسع.

22_ في الإسلام يترتّب على التعسّف في استعمال الحق جزاءً دنيويّا وآخر أخرويّاً، ويُلزم المقنن الجزائري المتعسّف في استعمال حقّه بالتعويض إذا أدّى ذلك إلى إلحاق الضّرر بالغير.

23_ يُطلقُ لفظ العقد في الاصطلاح الفقهي على معنيين: عام وخاص، والعام يُراد به كلُّ التزامٍ تعهَّد الانسان الوفاء به، سواءٌ أكان في مقابل التزامٍ آخر كالبيع والشراء ونحو ذلك، أم لا، أمّا الخاص فهو ما يكون من تعاقدٍ بين شخصين، أي أنّه لابدّ من اجتماع إرادتين وتوافقهما ليتمّ التعاقد.

24_ العلاقة بين العقد والتصرّف والالتزام هي علاقة عموم وخصوص مُطلق، فكل العقد بمدلوله الخاص والالتزام يدخلان في عموم التصرّف.

25_ لا يكون العقد إلّا بوجود أركانه، وهي عند الجمهور ثلاثة أركانٍ: الصيغة، العاقدان والمعقود عليه، وعند الحنفيّة ركن واحد هو الصيغة، والخلاف في الأركان بين الجمهور والحنفيّة هو خلاف لفظي.

26_ الأصلُ في الشروط العقديّة هو الحريّة في التعاقد والاشتراط ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع عقدا أو شرطاً معيّناً.

27_ يتّفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مبدأ حريّة إنشاء العقود واعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وأنّ الأصل في التعاقد هو الصحّة والإباحة، بينما يختلفان في مدى تأثير الإرادة على العقد، فالإرادة في الفقه الإسلامي تُنْشيء العقد فقط، وما يتعلّق بأحكام العقود وآثارها فتكون من الشّارع لا من العاقد، بينما الإرادة في الفقه القانوني مطلقةٌ تُنْشِيءُ العقد وتتدخّل في جميع مقتضياته.

28_ يجوز شرعا اقتران العقد بشرطٍ يؤكّد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العُرف أو كان فيه نفعٌ لأحد المتعاقدين أو كلاهما أو غيرهما، ممّا لا يمنعه الشّارع ولم يُخالف النظام العام والآداب العامّة.

29_ الشرط التعسّفي هو كلّ شرطٍ يتّفق عليه المتعاقدان ويؤدّي إلى الإخلال بالتوازن العقدي فيما بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وهذه الشروط دائما ما تكون في مصلحة الطرف الذي يتمتّع بالمهنيّة أو المعرفيّة أو التفوّق والنّفوذ الاقتصادي، وكلّ شرطٍ يُخالف مقتضى العقد هو شرطٌ تعسّفيٌّ بالنّسبة للفقه الإسلامي خاصّة الذي قد يؤدّي إلى فسخ العقد، أو إلى حدوث التعسّف في استعمال هذا الحق.

30_ الشروط الجزائيّة قد تكون تعسفيّة، والشّرط الجزائي هو اتفاقٌ بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقُّه من شُرط له عن الضّرر الذي يلحقُه، إذا لم ينفّذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخّر عن تنفيذه، وقد قرّر مجمع الفقه الإسلامي عدم جواز مثل هذا الشّرط عن التأخير في تسليم المسلّم فيه.

31_ أنّ كلّا من الشروط التعسفيّة عامّة، والشرط الجزائي خاصّةً، قد تؤثّر على العقد فيسير نحو الفسخ، كما يمكن أن يتعسّف أحد أطراف العقد في استعماله لحقّ الفسخ نتيجةً لتأثير هذه الشروط على العقد.

32_ قد يتحوّل الشرط الجزائي إلى شرط تعسّفي إذا ما بالغ الطرف الآخر في تقدير قيمة التعويض المستحقّ عن تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه.

33_ فسخ العقد في الاصطلاح الشرعي هو رفع العقد على وصْفٍ كان قبله من غير زيادةٍ ولا نُقصانٍ، وفي القانون هو حقّ المتعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا لم يوفِّ المتعاقد الآخر، أن يطلب حلّ الرابطة العقديّة كي يتحلّل هو من التزامه.

34_ يتميّز الفسخ عن العديد من الأنظمة التي تتشابه معه كالبُطلان والإقالة والانفساخ وعدم النّفاذ وغير ذلك.

35_ يختلف تعريف الفقه الإسلامي للإجارة عن تعريف القانون المدني الجزائري لها، حيث أنّ التعريف الفقهي يضع شرطَ أن تكون المنفعةُ مباحةً، فلا تجوز الإجارة على الغناء وسائر المحرّمات، بخلاف تعريف القانون المدني الجزائري الذي لم يميّز بين الإجازة أو عدمها.

36_ لا يمكن لأيّ طرف أن يفسخ عقد الإيجار دون انتهاء مدّته أو وجود موجَب لذاك، وأيُّ فسخ يتمّ دون مراعاة ما سبق يعتبر تعسّفاً في استعمال حقّ الفسخ.

37_ للمُعير استرجاع العارية متى شاء ولا يُعدُّ متعسّفا في استعمال حقّه، إلّا إذا ترتّب على ذلك إضرارٌ بالمستعير، فيكون المعير عندئِذٍ متعسّفا في استعمال حقّه.

38_ يعتبر فسخ أحد المتعاقدين لعقد الوكالة في الوقت غير المناسب بحيث يسبّب ضرراً للطرف الآخر، تعسّفا في استعمال حقّ الفسخ.

ومن خلال دراستي هذه أردت أن أقدّم بعض التوصيات والاقتراحات تتمثّل فيما يلي:

أوّلاــ ضرورة استقصاء الفروع الفقهيّة المتعلّقة باستعمال الحقوق في مجال العقد الواحد وتتبّعها، ودراستها دراسةً مقارنة بأسلوب مبسّط وتنظيم مُحكمٍ كي يطّلع عليها كلُّ باحثٍ ومثقّف مسلمٍ يسعى لفهم دينه ويريد الاطلاع على عظمة التشريع الإسلامي.

ثانياــ أنّ ربط الفروع الفقهيّة المختلفةِ بما جدّ من مسائل فقهيّة عصريّة لا بُدّ أن يتمّ وفق دليل صريح من القرآن أو من السنّة أو من الإجماع أو عمل الصحابة مستندا إلى المقاصد والقواعد الفقهيّة.

ثالثاــ تخصيص باب أو فصل في القانون المدني يحوي نظريّة التعسّف في استعمال الحق بشيء من التفصيل، مع ضرورة ربط النظريّة بالعقود عامّة وبفسخها خاصّةً.

رابعاًــ ضرورة الاهتمام بأبواب المعاملات والعقود والنازل فيها دراسةً وفهماً وشرحاً وتوضيحاً.

خامساًــ عدم الركون في الحُكم على العقود والحقوق والشروط والنوازل عموماً على مجرَّد الأصل أو كثرة المزايا والفوائد، أو انتشار التعامل بها، بل لا بدّ قبل ذلك من دراستها دراسةً فقهيّةً دقيقةً، لفهم طبيعتها وما تضمنته من المعاني.

وأخيراً أسأَلُ اللّه تعالى أن ينفعنا بما علّمنا، وأن يزيدنا علماً، وأن يُخرجنا من ظلمات الوَهم إلى نور اليقين وأن يُنوّر أبصارنا، ويفتح علينا أبواب فضلهِ ورحمته، والحمد للّه الذي بنعمته تتمّ الصالحات.

الملاحق

العدد 44
السّنة الثّانية والأربعون

الأحـد 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ
الموافق 26 يونيو سنة 2005 م

الجمهوريّة الجزائريّة
الدّيمقراطيّة الشّعبيّة

الجريدة الرّسميّة

اتفاقات دوليّة ، قوانين ، ومراسيم
قرارات وآراء ، مقرّرات ، مناشير ، إعلانات وبلاغات

الاشتراك سنوي	الجزائر تونس المغرب ليبيا موريطانيا	بلدان خارج دول المغرب العربي	الإدارة والتّحرير
	سنة	سنة	
النّسخة الأصليّة	1070,00 د.ج	2675,00 د.ج	
النّسخة الأصليّة وترجمتها	2140,00 د.ج	5350,00 د.ج تزاد عليها نفقات الإرسال	

الإدارة والتّحرير
الأمانة العامّة للحكومة
WWW.JORADP.DZ
الطّبع والاشتراك
المطبعة الرّسميّة
حي البساتين، بئر مراد رايس، ص.ب 376 – الجزائر – محطة
الهاتف : 021.54.35.06 إلى 09
021.65.64.63
الفاكس 021.54.35.12
ح.ج.ب 50-3200 الجزائر
Télex : 65 180 IMPOF DZ
بنك الفلاحة والتّنمية الرّيفيّة 060.300.0007 68 KG
حساب العملة الأجنبيّة للمشتركين خارج الوطن
بنك الفلاحة والتّنمية الرّيفيّة 060.320.0600.12

ثمن النّسخة الأصليّة 13,50 د.ج
ثمن النّسخة الأصليّة وترجمتها 27,00 د.ج
ثمن العدد الصّادر في السّنين السّابقة : حسب التّسعيرة.
وتسلّم الفهارس مجّانا للمشتركين.
المطلوب إرفاق لفيفة إرسال الجريدة الأخيرة سواء لتجديد الاشتراكات أو للاحتجاج أو لتغيير العنوان.
ثمن النّشر على أساس 60,00 د.ج للسّطر.

2 – تبادل الخبراء البيطريين قصد إطلاع بعضهما البعض على الحالة الصحية للحيوانات والمنتجات الحيوانية و/أو ذات المصدر الحيواني وكذا حول الإنجازات العلمية والتقنية في هذا المجال.

3– تبادل المعلومات الخاصة بالجوانب الصحية لطرق إعداد وتحويل وتصنيع المنتجات الحيوانية و/أو ذات المصدر الحيواني الموجهة للتصدير.

4 – التبادل المنتظم للنصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصحة الحيوانية.

5 – مشاركة الاختصاصيين المعنيين في المؤتمرات والندوات المنظمة من أحد الطرفين.

المادة 7

يتشاور الطرفان حول المسائل المتعلّقة بتنفيذ هذا الاتفاق، ودراسة التعديلات الممكنة و/أو الترتيبات المكملة لهذا الاتفاق.

المادة 8

يلتزم الطرفان بالتوقيف الفوري لكل عملية تصدير الحيوانات والمنتجات الحيوانية و/أو ذات المصدر الحيواني في حالة وجود أو ظهور في أحد البلدين لمرض مدرج في القائمة "أ" للمكتب الدولي للأوبئة.

المادة 9

تتم تسوية أي خلاف بين الطرفين قد ينجم عن تفسير أو تنفيذ هذا الاتفاق، وديا وعن طريق المفاوضات بين الطرفين.

المادة 10

يدخل هذا الاتفاق حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ آخر إشعار يتبادله الطرفان عبر القناة الدبلوماسية باستكمال الإجراءات الدستورية اللازمة لذلك.

يمكن تعديل هذا الاتفاق بموافقة الطرفين.يدخل أي تعديل حيز التنفيذ حسب نفس الإجراء المطلوب لدخول هذا الاتفاق حيّز التنفيذ.

يبقى هذا الاتفاق ساري المفعول لمدة غير محددة ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر عبر القناة الدبلوماسية برغبته في إنهاء العمل به، وذلك ستة (6) أشهر من قبل.

المادة 11

يبقى هذا الاتفاق ساري المفعول إلى غاية انضمام جمهورية بلغاريا إلى الاتحاد الأوروبي، بعد ذلك تتم مراجعته قصد تعديله ليكون منسجما مع قوانين الاتحاد الأوروبي.

حرّر بصوفيا في 20 ديسمبر سنة 2004 من نسختين أصليتين باللغات العربية والبلغارية والفرنسية وللنصوص الثلاثة نفس الحجيّة القانونية.

في حالة خلاف بين الطرفين يلجأ إلى النص باللغة الفرنسية.

عن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	**عن حكومة جمهورية بلغاريا**
وزير الفلاحة والتنمية الريفية	**وزير الفلاحة والغابات**
الدكتور السعيد بركات	**السيد محمد ديكمي**

قوانيـــن

قانون رقم 05 – 10 مؤرّخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75 – 58 المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

إنّ رئيس الجمهوريّة،

– بناء على الدستور، لاسيما المواد 119 و120 و122 و 126 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 70–86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75–74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل،

– وبمقتضى القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية،

– وبمقتضى القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 91-11 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالعلامات،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق ببراءات الاختراع،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-08 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة،

– وبعد رأي مجلس الدولة،

– وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

المادة الأولى : يعدل ويتمم هذا القانون الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المادة 2 : تعدل المادة 6 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 6* : تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها.

وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة".

المادة 3 : تعدل وتتمم المادة7 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 7* : تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا. غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

وكذلك الحال فيما يخص آجال الإجراءات".

المادة 4 : تعدل المادة 8 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 8* : تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

المادة 5 : تعدل وتتمم المادة 10 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 10* : يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

"*المادة 25* : تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

المادة 19 : تعدل وتتمم المادة 36 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 36* : موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

المادة 20 : تعدل المواد 38 و 39 و 42 و43 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 38* : موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا.

غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها ".

"*المادة 39* : يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين.

(.... الباقي بدون تغيير ....)" .

"*المادة 42* : لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

"*المادة 43* : كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

المادة 21 : تعدل وتتمم المادة 49 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 49* : الأشخاص الاعتبارية هي :

- الدولة، الولاية، البلدية،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- الشركات المدنية والتجارية،
- الجمعيات والمؤسسات،
- الوقف،
- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

المادة 22 : تعدل المادة 52 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 52* : يمثل وزير المالية الدولة في حالة المشاركة المباشرة في العلاقات التابعة للقانون المدني، وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة المطبقة على المؤسسات ذات الطابع الإداري".

المادة 23 : تعدل المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 54* : العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

المادة 24 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بالمادة 72 مكرر وتحرر كما يأتي :

"*المادة 72* مكرر: يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتّفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

المادة 25 : تعدل المواد 78 و79 و 80 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 78* : كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

"*المادة 79* : تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

"المادة 80 : إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

المادة 26 : تعدل المادة 90 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"المادة 90 : إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

المادة 27 : تعدل وتتمم المادة 93 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"المادة 93 : إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

المادة 28 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بعنوان فرعي للفقرة 2 من القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني بعد المادة 95، ويحرر كما يأتي :

" 2 مكرر – السبب ".

المادة 29 : يعدل العنوان الفرعي للفقرة 3 من القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، ويحرر كما يأتي :

"القسم الثاني مكرر

إبطال العقد وبطلانه"

المادة 30 : تعدل المادة 101 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"المادة 101 : يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

المادة 31 : تعدل وتتمم المادة 103 من الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"المادة 103 : يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا بردّ ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به".

المادة 32 : تعدل المادة 121 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"المادة 121 : في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

المادة 33 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بفصل جديد يتضمن المادتين 123 مكرر و123 مكرر1 ويحرر كما يأتي :

الفصل الثاني مكرر
الالتزام بالإرادة المنفردة

"*المادة 123 مكرر*: يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير.

ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".

"*المادة 123 مكرر 1* : من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور".

المادة 34 : يعدل عنوانا الفصل الثالث والقسم الأول منه من الباب الأول من الكتاب الثاني، ويحرران كما يأتي :

الفصل الثالث
الفعل المستحق للتعويض

القسم الأول
المسؤولية عن الأفعال الشخصية

المادة 35 : تعدل المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 124* : كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

المادة 36 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بالمادة 124 مكرر وتحرر كما يأتي :

"*المادة 124 مكرر*: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

المادة 37 : تعدل المادة 125 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 125* : لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

المادة 38 : تعدل المواد 126 و129 و131 و132 و133 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 126* : إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

"*المادة 129* : لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

"*المادة 131* : يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

"*المادة 132* : يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

"*المادة 133* : تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

المادة 39 : يعدل عنوان القسم الثاني من الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، ويحرر كما يأتي :

القسم الثاني

المسؤولية عن فعل الغير

المادة 40 : تعدل وتتمم المادة 134 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 134 :* كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

المادة 41 : تعدل المادتان 136 و137 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرران كما يأتي :

"*المادة 136 :* يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

"*المادة 137 :* للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

المادة 42 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بالمادتين 140 مكرر و140 مكرر 1 وتحرران كما يأتي :

"*المادة 140 مكرر:* يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

"*المادة 140 مكرر 1 :* إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

المادة 43 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بالمادة 182 مكرر وتحرر كما يأتي :

"*المادة 182 مكرر:* يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

المادة 44 : يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، بالمادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 وتحرران كما يأتي :

"*المادة 323 مكرر:* ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

"*المادة 323 مكرر 1 :* يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

المادة 45 : تعدل المادة 324 مكرر 3 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 324 مكرر 3 :* يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية، بحضور شاهدين".

المادة 46 : تعدل وتتمم المادة 327 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي :

"*المادة 327 :* يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

الفهارس العامة

فهرس الآيات

فهرس الآيات

الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ فَأَمَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فَيَعۡلَمُونَ أَنَّهُ ٱلۡحَقُّ ﴾	26	15
﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا﴾	29	160
﴿وَٱتَّقُواْ يَوۡمٗا لَّا تَجۡزِي نَفۡسٌ عَن نَّفۡسٖ شَيۡـٔٗا ﴾	48	336
﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ كَانُواْ يَكۡفُرُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ﴾	61	16
﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلۡنَٰكُمۡ أُمَّةٗ وَسَطٗا ﴾	143	95
﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ﴾	177	272
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ﴾	178	35
﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖ ﴾	180	291
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ ﴾	182	291
﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾	188	155

سورة آل عمران

سورة النساء

سورة المائدة

سورة الأعراف

سورة الأنفال

سورة التوبة

سورة هود

سورة يوسف

سورة الرعد

سورة الإسراء

سورة الكهف

سورة الأحزاب

سورة الشورى

سورة محمّد

سورة الحجرات

سورة النّجم

سورة الطلاق

سورة المعارج

سورة النبأ

سورة الزلزلة

فهرس الأحاديث

النبوية

فهرس الأحاديث النبويّة

تنبيه:

ترتيب الأحاديث هو ترتيب أبجدي، والألف واللّام "ال" لا تعتبر في هذا الترتيب، وإنّما العبرة بالحرف الذي يأتي بعدها.

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

تنبيه

ترتيب الأعلام هنا إنّما هو ترتيب أبجدي والعبرة دائما بالاسم وإذا ورد العلم مرّة بالاسم ومرّة بالكنية فإنّ العبرة بالاسم لأنّه هو المعتمد، فإن تماثل الاسمان يكون الفصل بحروف الكُنية.

عدم اعتبار "ال"، و"ابن"، و"أبو" في الترتيب.

فهرس المصطلحات المعرفة

فهرس المصطلحات المعرّفة

<u>تنبيه:</u>

ترتيب الأحاديث هو ترتيب أبجدي، والألف واللّام "ال" لا تعتبر في هذا الترتيب، وإنّما العبرة بالحرف الذي يأتي بعدها.

فهرس المصادر

والمراجع

فهرس المصادر والمراجع

1_القرآن الكريم

كتب اللّغة المعاجم

1_ أحمد الرازي "بن فارس"، **مقاييس اللّغة**، تحقيق: عبد السلام محمّد هارون، دار الفكر، دون: طبعة، 1399هـ_1979م.

2_ أحمد علي الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المكتبة العلميّة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

3_ أحمد مختار عبد الحميد عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م

4_ إسماعيل الجوهري الفارابي، **الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطّار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، 1407هـ_1987م.

5_ الخليل الفراهيدي، **العين**، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار الهلال، دون: طبعة، دون: تاريخ.

6_ جلال الدين السيوطي، **معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم**، تحقيق: محمّد إبراهيم عبادة، مكتبة الأدب، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1424هـ_2004م.

7_ رينهارت بيتر دوزي، **تكملة المعاجم العربية**، ترجمة محمّد سليم النعيمي، وزارة الثقافة والاعلام، الجمهورية العراقيّة، الطبعة: الأولى، (من 1400هـ إلى 1421هـ) (من 1979م إلى 2000م.

8_ زين الدين الرازي، **مختار الصّحاح**، تحقيق: يوسف الشيخ محمّد، المكتبة العصرية _ الدار النموذجيّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الخامسة، 1420هـ _ 1999م.

9_ سعدي أبو حبيب، **القاموس الفقهي لغةً واصطلاحا**، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الثّانية، 1408هـ_1988م

10_ عبد الواحد عبد الكرم، **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، الهيئة العامّة لشؤون المطابع، مصر، دون: طبعة، 1416هـ_1995م.

11_ علي الشريف الجرجاني، **التعريفات**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1403هـ_1983م.

12_ علي المرسي، **المحكم والمحيط الأعظم**، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2000م.

13_ مجمع اللُّغة العربيّة المصري، **معجم القانون**، مصر، دون: طبعة، 1420هـ_1999م.

14_ محمّد الأزدي، **جمهرة اللغة**، تحقيق: رمزي منير بعلبكّي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1407هـ_1987م.

15_ محمّد الدين الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، إشراف: محمّد نعيم العرقسوسي، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الثّامنة، 1426هـ_2005م.

16_ محمّد الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الهداية، دون: طبعة، دون: تاريخ.

17_ محمّد الهروي، **تهذيب اللّغة**، تحقيق: محمّد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي،

بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2001م.

18_ محمّد جمال الدين ابن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1414هـ_1994م.

19_ محمّد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، الطبعة: الثانية، 1408هـ_1988م.

20_ محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، **قواعد اللّغة**، الصدف بيلشرز _ كراتشي، الطبعة: الأولى، 1407هـ – 1986م.

21_ محمود الزمخشري، **أساس البلاغة**، تحقيق: محمّد باسل عيون السود، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1419هـ_1998م.

22_ نشوان العميري، **شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ_1999م.

كتب التفسير

1_ إسماعيل بن كثير، **تفسير ابن كثير**، تحقيق: سامي سلامة، دار طيبة، الطبعة: الثانية، 1420هـ_1999م.

2_ __________، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: محمّد حسين شمس الدين، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1999م.

3_ الحسين البغوي، **معالم التنزيل في تفسير القرآن "تفسير البغوي"**، حققه وخرج أحاديثه

محمد عبد الله النمر، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلم الحرش، دار طيبة، الطبعة: الرابعة، 1417 هـ-1997 م.

4_ جمال الدين الجوزي، **زاد المسير في علم التفسير**، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1407هـ_1987م.

5_ شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصريّة، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1384هـ_1964م.

6_ عبد الرحمن السعدي، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، تحقيق: عبد الرحمن اللويحق، مؤسّسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1420هـ_2000م.

7_ عبد الله بن عباس، **تنوير المقباس من تفسير ابن عبّاس**، جمع مجد الدين الفيروزآبادي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

8_ محمّد أبي زهرة، **زهرة التفاسير**، دار الفكر العربي، دون: طبعة، دون: تاريخ.

9_ محمّد البخاري، **فتح البيان في مقاصد القرآن**، تقديم: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصريّة، صيدا، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1412هـ_1992م.

10_ محمّد التميمي الرازي، **مفاتيح الغيب**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1420هـ_2000م،

11_ محمّد الشوكاني، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، الناشر: محفوظ العلي، بيروت، الأردن، دون: طبعة، دون: تاريخ.

12_ محمّد الطبري "ابن جرير"، **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمّد شاكر،

مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الأولى، 1420هـ_2000م.

13_ محمّد الغرناطي "ابن جزي"، **التسهيل لعلوم التنزيل**، تحقيق: عبد اللّه الخالدي، دار الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ_1992م.

14_ محمّد الماتريدي، **تفسير الماتريدي** (تأويلات أهل السنّة)، تحقيق: مجدي باسلوم، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1426هـ_2005م.

15_ محمّد بن عرفة، **تفسير ابن عرفة**، تحقيق: جلال الأسيوطي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م.

16_ محمّد رشيد علي رضا الحسيني، **تفسير المنار**، الهيئة المصرية العامّة للكتب العلميّة، دون: طبعة، 1411هـ_1990م.

17_ محمد عبد اللطيف "بن الخطيب"، **أوضح التفاسير**، المطبعة المصرية ومكتبتها، الطبعة: السادسة، 1383 هـ -1964م.

18_ محمّد علي الصابوني، **روائع البيان تفسير آيات الأحكام**، مؤسّسة مناهل العرفان، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1400هـ_1980م.

19_ محمّد فخر الدين الرازي، **مفاتيح الغيب** (التفسير الكبير)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1420هـ_1999م، ج7، ص86.

20_ وهبة الزحيلي، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، دار الفكر، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م.

كتب علوم القرآن

1_ أحمد الحلبي، **الدر المصون في علوم الكتاب المكنون**، تحقيق: أحمد الخراط، دار القلم، دمشق، سوريا، دون: طبعة، دون: تاريخ.

2_ جلال الدين السيوطي، **الإكليل في استنباط التنزيل**، تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1401هـ_1981م.

3_ محمد الرازي الجصاص، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمّد علي شاهين، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1415هـ_1994م.

4_ محمّد المعافري "ابن العربي"، **أحكام القرآن**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ-2003 م.

كتب متون الحديث

1_ أحمد الأصبهاني، **مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم**، تحقيق: محمّد الفريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، الطبعة: الأولى، 1415هـ 1990م.

2_ أحمد البيهقي، **البعث والنشور**، تحقيق: عامر أحمد حيدر، مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1406هـ_1986م.

3_ ________، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمّد عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424هـ_2003م.

4_ أحمد الدينوري، **المجالسة وجواهر العلم**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، دار بن حزم، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1419هـ_1992م.

5_ أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2001م.

6_ الحاكم "أبو عبد الله"، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1411هـ_1990م.

7_ الحسين البغوي، **شرح السنّة**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمّد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1403هـ_ 1983م.

8_ الدارقطني "أبو الحسن" البغدادي، **سنن الدارقطني**، الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2004م.

9_ حمد الخطابي، **معالم السنن**، المطبعة العلمية، حلب، سوريا، الطبعة: الأولى 1351هـ _1932م.

10_ زين الدين محمد "ابن زين العابدين"، **الإتحافات السنية بالأحاديث القدسية**، شرح: محمد منير بن عبده أغا النقلي الدمشقي، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وطالب عواد، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون تاريخ.

11_ سليمان الأزدي، **سنن أبي داود_ أبواب من القضاء**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمّد قرّه بللي، دار الرسالة العالميّة، الطبعة: الأولى، 1430هـ، 2009م.

12_ شرف الدين الحسين الطيبي، **الكاشف عن حقائق السنن**، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1417 هـ_1997 م.

13_ علي الدارقطني، **سنن الدارقطني**، حققه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ-2004 م.

14_ مالك الأصبحي "ابن أنس"، **الموطأ**، تحقيق محمّد مصطفى الأعظمي، مؤسّسة زايد الخيريّة، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425هـ_2004م.

15_ محمّد البُخاري الجعفري، **الجامع المُسنَدُ الصَّحيح**، تحقيق: محمّد بن ناصر النَّاصر، دار طوق النّجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ_2002م.

16_ محمّد الترمذي، **سنن الترمذي**، تحقيق محمّد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، 1395هـ_1975م.

17_ محمّد الخرائطي، **مساوئ الأخلاق**، تحقيق: مصطفى الشلبي، مكتبة السوادي، جدّة، المملكة العربية السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1413هـ_1993م.

18_ محمّد الشافعي محمّد "ابن إدريس"، **مسند الإمام الشافعي**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1370هـ_1951م.

19_ محمّد بن ماجه، **سنن بن ماجه**، محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العلميّة، دون: طبعة، دون: تاريخ.

20_ مسلم النيسابوري، **المسند الصحيح المختصر**، تحقيق: محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

21_ معمر الأزدي، **الجامع**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، باكستان، الطبعة، الثانيّة، 1403هـ_1982م.

كتب شروح الحديث

1_ ابن بطال، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعوديّة، الرياض، الطبعة: الثانية، 1423هـ_2003م.

2_ أحمد الهيتمي السعدي، **الفتح المبين بشرح الأربعين**، دار المنهاج، جدّة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1428هـ_2008م.

3_ أحمد بن اسماعيل الكوراني، **الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري**، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1429هـ _2008م.

4_ زين الدين السلّامي الحنبلي "ابن رجب"، **جامع العلوم والحكم**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: السابعة، 1422هـ_2001م.

5_ سليمان الأندلسي، المنتقى **شرح الموطأ**، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ _1922م.

6_ شرف الدين الحسين الطيبي، **الكاشف عن حقائق السنن**، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1417هـ _1997م.

7_ شهاب الدين أحمد القسطلاني، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، المطبعة الكبرى الأميريّة، مصر، الطبعة: السابعة، 1323هـ_1913م.

8_ عبد الكريم بن عبد الله، **دروس في شرح الموطأ**، دون: طبعة، دون: تاريخ.

9_ محمّد الحسني، **التنوير شرح الجامع الصغير**، تحقيق: محمّد إسحاق محمّد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، الطبعة: الأولى، 1432هـ_2011م.

10_ محمّد الصنعاني، **سبل السلام**، دار الحديث، دون: طبعة، دون: تاريخ.

11_ محمّد العثيمين، **شرح رياض الصالحين**، دار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، دون: طبعة، 1426هـ_2006م.

12_ محمد بن علي، **شرح سنن النسائي** المسمى «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، دار آل بروم، دون: طبعة، 1424 هـ -2003 م.

13_ محمّد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيِّد الأخيار**، تحقيق: عصام الدِّين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، 1413هـ_1993م.

14_ محي الدين النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1392هـ_1972م.

15_ ــــــــــــ، **صحيح مسلم شرح النووي**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

16_ يوسف النمري، **الاستذكار**، تحقيق: سالم محمّد عطا ومحمّد علي معوّض، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1421هـ_2000م.

17_ يوسف النمري، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمّد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، المغرب، دون: طبعة، 1387هـ_1967م.

كتب الأصول والقواعد الفقهيّة

1_ إبراهيم الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشّريعة**، شرح عبد الله درّاز، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

2_ ـــــــــــ، **الموافقات**، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار بن عفّان، الطبعة: الأولى، 1417هـ_1997م.

3_ أحمد الريسوني، **نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبي**، الدار العالميّة للكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، 1412هـ_1992م.

4_ أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهيّة**، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1409هـ_1989م.

5_ السمعاني "أبو المظفّر"، **قواطع الأدلة في الأصول**، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1418هـ_1999م.

6_ السيوطي، **الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع الشّافعيّة**، تحقيق: محمّد إسماعيل الشّافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1998م.

7_ بدر الدين الزركشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1414هـ -1994م.

8_ ـــــــــــ، **تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي**، سيد عبد العزيز عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة: الأولى، 1418 هـ -1998 م.

9_ ـــــــــــــــ، **المنثور في القواعد الفقهيّة**، وزارة الأوقاف الكويتيّة، الطبعة: الثانية، 1405هـ_1985م.

10_ تاج الدين عبد الوهّاب السبكي، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م.

11_ تقي الدين "بن النجار" الحنبلي، **شرح الكوكب المنير**، تحقيق: محمّد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة: الثانية، 1418هـ_1997م.

12_ زين الدين "ابن رجب"، **تقرير القواعد وتحرير الفوائد** "قواعد ابن رجب"، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1419 هـ.

13_ زين الدين "بن نجيم"، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1999م.

14_ شهاب الدين القرافي، **الفروق**، عالم الكتب، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

15_ عبد الرحمن "ابن رجب" الحنبلي، **القواعد في الفقه الإسلامي**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1412هـ_1992م.

16_ عبد الرحمن "ابن رجب"، **القواعد في الفقه الإسلامي**، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، دون: طبعة، دون: تاريخ.

17_ عبد الرّحمن العبد اللّطيف، **القواعد والضّوابط الفقهيّة المتضمّنة التيسير**، نشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلاميّة، المدينة المنوّرة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2003م.

18_ عبد العزيز علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الإسلامي، دون: طبعة، دون: تاريخ.

19_ عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، مكتبة الدعوة، الطبعة: الثامنة، دون: تاريخ.

20_ علاء الدين عبد العزيز، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، دار الكتاب العربي، دون: طبعة، 1394هـ_1974م.

21_ علي "ابن حزم"، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1426هـ_2005م.

22_ ــــــــــــ، **مراتب الإجماع**، دار الكتب العلمية، بيروت، دون: طبعة، دون: تاريخ.

23_ عياض السلمي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، دار التدمريّة، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1426هـ_2005م.

24_ كمال الدين "ابن الهمام"، **فتح القدير**، دار الفكر، دون: طبعة، دون: تاريخ.

25_ محمّد الطاهر "بن عاشور"، **مقاصد الشريعة الإسلاميّة**، تحقيق: محمّد الحبيب بن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، قطر، دون: طبعة، 1425هـ_2004م

26_ محمد العثيمين، **الأصول من علم الأصول**، دار ابن الجوزي، الطبعة: الرابعة، 1430 هـ -2009 م.

27_ محمد الغزالي الطوسي، **المستصفى**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413هـ-1993م.

28_ محمّد المقرّي، **القواعد**، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكّة المكرّمة، جامعة أمّ القرى، السعوديّة، دون: طبعة، دون: تاريخ.

29_ محمّد بازمول، **القواعد الفقهيّة الخمس الكبرى**، دار المحسن، المحمّديّة، الجزائر، الطبعة: الأولى، دون: تاريخ.

30_ محمّد صدقي، **الوجيز في شرح القواعد الفقه الكليّة**، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرّابعة، 1416هـ_1996م.

31_ ________، **موسوعة القواعد الفقهيّة**، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2003م.

32_ محمّد مصطفى الزحيلي، **القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الأولى، 1427هـ_2006م.

فقه حنفي

1_ برهان الدين البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2004م.

2_ زين الدين "ابن نجيم"، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، دون: تاريخ.

3_ ____________ **فتح الغفّار بشرح المنار**، مراجعة محمود أبو دقيقة، دار مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1355هـ_1935م.

4_ عثمان فخر الدين الزيلعي، **تبيين الحقائق**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

5_ ــــــــــــــــــ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الكبرى الأميريّة، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1313هـ_1893م.

6_ علاء الدين الكسائي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الثانية، 1406هـ_1986م.

7_ محمّد السرخسي، **المبسوط**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1414هـ_1995م.

8_ ــــــــــــــ، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1414هـ _1993م.

9_ محمد أمين "ابن عابدين"، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1412هـ -1992م.

10_ ــــــــــــــــ، **رد المحتار على الدرّ المختار**، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1412هـ_1992م.

11_ محمّد قدري باشا، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، المطبعة الكبرى الأميريّة، الطبعة: الثانية، 1308هـ_1891م.

12_ محمود أحمد الغيتابي، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ_2000م.

فقه مالكي

1_ أحمد الصاوي، **بُلغة السالك لأقرب المسالك**، دار المعارف، دون: طبعة، دون: تاريخ.

2_ سليمان الباجي، **المنتقى شرح موطأ الإمام مالك**، دار السعادة، مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ.

3_ شهاب الدين القرافي، **الذخيرة**، تحقيق: محمّد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1994م.

4_ شمس الدين الحطاب، **مواهب الجليل بشرح مختصر خليل**، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ_1992م.

5_ ـــــــــــــــ، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، مكتبة النّجاح، ليبيا، دون: طبعة، دون: تاريخ.

6_ عثمان جمال الدين "ابن الحاجب"، **جامع الأمّهات**، تحقيق: أبو عبد الرّحمان الأخضر، دار اليمامة، الطبعة: الثانية، 1421هـ_2000م.

7_ علي الصعيدي العدوي، **حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني**، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، دون: طبعة، 1357هـ_1938م.

8_ محمّد العبداوي، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الأولى، 1416هـ_1994م.

9_ محمّد بن علي المازري، **شرح التلقين**، تحقيق: محمّد المختار، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1996م.

10_ محمد "ابن عرفة"، **المختصر الفقهي**، تحقق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ_2014 م.

11_ محمّد الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، دون: طبعة، دون: تاريخ.

12_ محمّد الكلبي "ابن جزي"، **القوانين الفقهيّة**، دون: طبعة، دون: تاريخ.

فقه شافعي

1_ إبراهيم الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، دون: طبعة، دون: تاريخ.

2_ أحمد الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجاريّة الكبرى، مصر، دون: طبعة، 1357هـ_ 1983م.

3_ زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتاب الإسلامي، دون: طبعة، دون: تاريخ.

4_ ـــــــــــــ، **الغرر البهيّة في شرح البهجة الورديّة**، المطبعة الميمنيّة، دون: طبعة، دون: تاريخ.

5_ شمس الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج**، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1938م.

6_ شمس الدين الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ_1994م

7_ ــــــــــــــــــــ، **مغني المحتاج**، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1961م.

8_ شمس الدين الغزّي، **فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب**، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1425هـ_2005م.

9_ عبد الكريم الرافعي، **العزيز شرح الوجيز**، تحقيق: محمّد عوض _ عادل أحمد، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1417هـ_1997م.

10_ عبد الملك الجويني، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1427هـ_2007م.

11_ علي الماوردي، **الحاوي الكبير**، تحقيق: الشيخ علي معوّض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ_1999م.

12_ محمّد الشافعي، **الأم**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، 1410هـ_1990م.

13_ محي الدين النووي، **المجموع**، دار العلوم للطباعة، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1972م.

14_ ــــــــــــــــــــ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ_1991م.

فقه حنبلي

1_ إبراهيم "أبو إسحاق"، **المبدع في شرح المقنع**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، دون: تاريخ.

2_ ابن الجوزي، **المذهب الأحمد للإمام أحمد**، مطبعة الكيلاني، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت، ابن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1963م.

3_ شمس الدين المقدسي، **كتاب الفروع**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى 1424 هـ -2003 مـ.

4_ عبد السلام الحراني "ابن تيميّة"، **المحرّر في الفقه**، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة: الثانية، 1984م.

5_ عبد القادر التغلبي الشيباني، **نَيْلُ المَآرِب بشَرح دَلِيلُ الطَّالِب**، تحقيق: سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، 1403 هـ-1983 م.

6_ محمّد شمس الدين "ابن القيِّم" الجوزية، **إعلام الموقّعين عن ربِّ العالمين**، تحقيق محمّد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م.

7_ منصور البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، المكتبة السلفيّة، المدينة المنوّرة، دون: طبعة، دون: تاريخ.

8_ ـــــــــــــــ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، مطبعة الحكومة، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السعوديّة، دون: طبعة، دون: تاريخ.

9_ موسى شرف الدين "أبو النجا"، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبد اللّطيف محمّد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

10_ موفق الدين المقدسي " ابن قدامة"، **المُغني**، مكتبة القاهرة، القاهرة، مصر، دون: طبعة، 1388هـ_1968م.

كتب الفقه الإسلامي العام

1_ أحمد فراج حسين، **المدخل الفقهي الإسلامي** _تاريخ الفقه الإسلامي_ الملكيّة ونظريّة العقد، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1422هـ_2002م.

2_ أحمد فهمي "أبو سنّة"، **النظريّات العامّة للمعاملات في الشريعة الإسلاميّة**، دار التأليف، مصر، د: ط، 1387هـ_1967م.

3_ ــــــــــــــــــــ، **نظريّة الحقّ**، منشورات المجلس الأعلى للشؤون الإسلاميّة، د: ط، 1391هـ_1971م.

4_ إسحاق المروزي، **مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**، عمادة البحث العلمي، المدينة المنوّرة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1425هـ_2002م.

5_ القره داغي علي محي الدين، **بحوث في فقه البنوك الإسلاميّة**، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1428هـ_2007م.

6_ المجلس الأعلى للشّؤون الدينيّة، **موسوعة جمال عبد النّاصر في الفقه الإسلامي**، مطابع الأهرام، مصر، د: ط، د: ت.

7_ بدران، **الشريعة الإسلاميّة تاريخها ونظريّة الملكيّة والعقود**، د: ط، د: ت.

8_ جلال الدين المحلي، **شرح منهاج الطالبين للنووي**، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، د: ت.

9_ جمال الدين محمود، **سبب الالتزام وشرعيتُه في الفقه الإسلامي**، دون طبعة، دون تاريخ.

10_ خالد الحافي، **الإجارة المنتهية بالتمليك**، المطابع الوطنيّة الحديثيّة، الرياض، السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1420هـ_1999م.

11_ دبيان " أبو عمر"، **المُعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أَصَالَة وَمُعَاصَرَة**، مكتبة الملك فهد الوطنيّة، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الثالثة، 1432هـ_2012م

12_ زكي شعبان، **الأحكام الشرعيّة للأحوال الشخصيّة**، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، الطبعة: السادسة، 1413هـ_1993م.

13_ سيد سابق، **فقه السنّة**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثّالثة، 1397هـ _1977م.

14_ شبير محمّد عثمان، **صيانة المديونات ومعالجتها في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، عمان، الأردن، د: ط، 1418هـ_1998م.

15_ صبحي محمصاني، **النظريات العامّة للموجبات والعقود الإسلاميّة**، مطبعة الكشّاف، بيروت، لبنان، د: ط، 1368هـ_ 1948م.

16_ عبد الحليم "ابن تيميّة"، **نظريّة العقد**، مطبعة السنّة المحمّديّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1738م.

17_ عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت.

18_ عبد السلام التونجي، **مؤسّسة المسؤوليّة في الشريعة الإسلاميّة**، منشورات جمعيّة الدعوة الإسلاميّة العالميّة، طرابلس، ليبيا، الطبعة: الأولى، 1414هـ_1994م.

19_ عبد القادر عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، 1405هـ_1985م،

20_ عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلاميّة**، مؤسّسة الرّسالة، بغداد، العراق، الطبعة: الخامسة، 1396هـ_1973م.

21_ عبد الله البسام التميمي، **توضِيحُ الأحكَامِ مِن بُلوُغ المَرَام**، مكتَبة الأسدي، مكّة المكرّمة، السعوديّة، الطبعة: الخامِسَة، 1423هـ -2003 م.

22_ عبد الله الطيار، **عبد الله بن محمد المطلق**، محمّد بن ابراهيم الموسى، الفقه الميسَّر، مدار الوطن للنّشر، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1432هـ_2011م.

23_ عبد الله بن طاهر، **العقود المضافة إلى مثلها**، دار كنوز إشبيليا، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الأولى، 1434هـ-2014 م.

24_ علاء الدين السمرقندي، **تحفة الفقهآء**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1405هـ_1984م.

25_ علاء الدين علي المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، د: ت.

26_ علي ابن حزم، **المحلى**، دار الاتحاد العربي، القاهرة، مصر، د: ط، 1390هـ _1968م.

27_ علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعيّة**، د: ط، 1367هـ_1947م.

28_ علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلّة الأحكام**، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411هـ_1991م.

29_ غانم غالب غانم، **المجامع الفقهيّة وأثرها في الاجتهاد المعاصر**، مراجعة محمّد عسّاف، د: ط، د: ت.

30_ فتحي الدريني، **الحقُّ ومدى سلطان الدولة في تقييده**، مؤسّسة الرّسالة، الطبعة: الثالثة، 1404هـ_1984م.

31_ ـــــــــــــ، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، 1408هـ_1988م.

32_ كمال سالم، **صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة**، المكتبة التوفيقيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1423هـ_2003م.

33_ مجموعة مؤلّفين، **الفقه الميسّر في ضوء الكتاب والسنّة**، مجمع الملك فهد، د: ط، 2003م _ 1423هـ.

34_ محمّد الأنصاري، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، المكتبة العلميّة، الطبعة: الأولى، 1350هـ_1970م.

35_ محمّد التويجري، **مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنّة**، دار أصداء المجتمع، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الحادية عشرة، 1431 هـ -1430هـ _ 2010 م.

36_ ـــــــــــــ، **موسوعة الفقه الإسلامي**، كتاب الشّركة، باب إحياء الموات، بيت الأفكار الدوليّة، الطبعة: الأولى، 1430هـ_2009م.

37_ محمّد الجعفري، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1416هـ_1995م.

38_ محمّد الحسيني حنفي، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، الطبعة: الثالثة، 1394هـ_1974م.

39_ محمّد الطبري، **تهذيب الآثار وتفصيل الثابت عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم**، تحقيق: محمود محمّد شاكر، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت.

40_ محمّد الغزالي "أبو حامد"، **إحياء علوم الدين**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون تاريخ.

41_ محمّد سلام مدكور، **المدخل للفقه الإسلامي**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، د: ط، 1425هـ_2005م.

42_ ـــــــــــــــــ، **المدخل للفقه الإسلامي**، تاريخه ومصادره ونظريّاته العامّة، دار النَّهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1380هـ_1960م.

43_ محمّد صالح الصّالح، **حقوق القرآن في الكتاب والسنّة وتطبيقاتها في المملكة العربيّة السعوديّة**، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2002م.

44_ محمد عبد العزيز الشاذلي، **الأدب النبوي**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرّابعة، 1423هـ_2002م.

45_ محمّد يوسف موسى، **الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه**، د: ط، 1376هـ_1956م.

46_ مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مطبعة ألف باء، دمشق، سوريا، د: ط، 1388هـ_1968م.

47_ مناع القطان، **تاريخ التشريع الإسلامي**، مكتبة وهبة، الطبعة: الخامسة، 1422هـ_2001م.

48_ وزارة الأوقاف الكويتيّة، **الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة**، دار السلاسل، الكويت، الطبعة: الثانية، من(1404هـ_1427هـ) -من(1984م_1997م).

49_ وهبة الزحيلي، **العقوبات الشرعيّة والأقضيّة والشهادات**، منشورات كليّة الدعوة الإسلاميّة، طرابلس، ليبيا، د: ط، 1411هـ_1991م.

50_ ــــــــــــــــ، **الفقه الإسلامي وأدلّته**، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة: الثانية عشر، د: ت.

51_ ــــــــــــــــ، **قضايا الفقه والفكر المعاصر**، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الأولى، 1427هـ_2006م.

52_ يعقوب بن إبراهيم "أبا يوسف"، **الخراج**، تحقيق: عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمّد، د: ط، د: ت.

53_ عبد الله البسّام، **توضيح الأحكام من بلوغ المرام**، كتاب الزكاة، مكتبة الأسدي، مكّة المكرّمة، المملكة العربيّة السعوديّة، الطبعة: الخامسة، 1423هـ_2003م.

كتب السياسة الشرعيّة

1_ علي الماوردي، **الأحكام السلطانيّة**، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، د: ط، د: ت.

2_ محمّد بن القيّم الجوزية، **الطرق الحكميّة في السياسة الشّرعيّة**، دار الكتاب العلميّة، لبنان، د: ط، د: ت.

الفتاوى

1_ البعلي، **الاختيارات الفقهيّة من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيميّة**، دار الفكر، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت.

2_ تقي الدين الحرّاني "ابن تيمية"، **الفتاوى الكبرى**، دار الكتب العلميّة، الطبعة: الأولى، 1408هـ_1987م.

كتب التراجم والطبقات

1_ أحمد العسقلاني "ابن حجر"، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمّد عوض، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1415هـ _1995م،

2_ جمال الدين الجوزي، مناقب الإمام أحمد، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، الطبعة: الثانية، 1409هـ

3_ خير الدّين الزركلي، **الأعلام**، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، 1422هـ _2002م.

4_ شمس الدين "ابن خلكان"، **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1403هـ_1971م،

5_ عبد القادر محي الدين، الجواهر المضيّة في طبقات الحنفيّة، كراتشي، د: ط، د: ت.

6_ علي "ابن عساكر"، **تاريخ دمشق**، تحقيق: عمر بن غرامة العموري، دار الفكر، د: ط، 1415هـ_1995م،

7_ عثمان بن عبد الرحمن المعروف بـ: ابن الصلاح، **طبقات الفقهاء الشافعيّة**، تحقيق: محي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت لبنان، الطبعة: الأولى، 1992م

8_ محمّد مخلوف، **شجرة النور الزكيّة في طبقات المالكيّة**، تعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلميّة، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2003م.

9_ محمّد بن عثمان الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، مؤسّسة الرسالة، دون طبعة، 1422هـ_2001م.

10_ يحي الأزدي، **منازل الأئمة الأربعة**، تحقيق: محمود قدح، مكتبة الملك فهد الوطنيّة، الطبعة الأولى، 1422هـ_2002م.

الكتب الفقهية المقارِنة

1_ أحمد محمود الخولي، **نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، 1423هـ_2003م.

2_ بلحاج العربي، **أبحاث ومذكّرات في القانون والفقه الإسلامي**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، د: ط، 1416هـ_1996م.

3_ جانم جميل فخري، **التدابير الشرعيّة للحدّ من الطلاق التعسّفي في الفقه والقانون**، دار حامد، عمان، الأردن، د: ط، 2008م.

4_ شوقي بناسي، **نظريّة الحق في القانون الوضعي الجزائري —دراسة مقارنة بأحكام**

الفقه الإسلامي والتشريع المصري، دار الخلدونيّة، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1431هـ _2010م.

5_ عاطف فؤاد صحصاح، **الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون**، دار إيجي للطباعة والنّشر، مصر، د: ط، 1420هـ_2000م،

6_ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، **مبدأ حسن النيّة وأثره في التصرّفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي**، د: ط، 1418هـ_1998م.

7_ عبد الرحمن علي حمزة، **مضار الجوار غير المألوفة والمسؤوليّة عنها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1436هـ _2006م.

8_ علي الخفيف، **الملكيّة في الشريعة الإسلاميّة مع مقارنتها بالقوانين الوضعيّة**، دار النهضة العربيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1410هـ_1990م.

المجامع الفقهيّة والندوات والمجلّات

1_ أحمد الصويعي شليبك، **التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ولتحقيق مصلحة غير مشروعةٍ في الشريعة والقانون**، مجلّة الشريعة والقانون، كليّة الشريعة والدراسات الاسلاميّة، جامعة الشارقة، الامارات العربيّة المتحدة، العدد 38.

2_ العربي بلحاج، **مفهوم التعسُّف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري**، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة، د: ط، 1419هـ _1999م.

3_ ـــــــــ، **مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري**، مجلّة

العلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسيّة، العدد 4، 1413هـ_1992م.

4_ المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلاميّة، **حقوق الإنسان الإسلاميّة بين الخصوصيّة والعالميّة**، سلسلة ندوات الحوار بين المسلمين، عمّان، الأردن، 1413هـ_1992م،

5_ أنور سلطان، **التعسّف في استعمال حق الملكيّة**، مجلّة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، العدد: 4، السنة: 33، ديسمبر 1963م.

6_ أيمن مصطفى الدباغ، **التعسّف في الطلاق**، مجلّة جامعة الأقصى، (سلسلة العلوم الإنسانيّة)، 1434هـ_2014م، العدد الاوّل، المجلّد الثامن.

7_ إسماعيل محمّد المحاقري، **الحماية القانونيّة لعديم الخبرة من الشّروط التعسفيّة**، مجلّة الحقوق، العدد: الرّابع، السنة (30)، 1427هـ_2006م.

8_ حمدون نور الدين، **نظريّة التعسف في استعمال الحق**، مجلّة القضاء، وزارة العدل، المغرب، د: ط، 1406هـ_1986م، العدد 17.

9_ صالح المحيميد، **الحقُّ وأنواعه**، مجلّة العدل، وزارة العدل، المملكة العربيّة السعوديّة، د: ط، 1420هـ_2000م، العدد(1).

10_ عايد الحربي، **النشوز بين الزوجين**، الجامعة الإسلاميّة بالمدينة، العدد 128، 1425هـ _2005م.

11_ عبد الباقي "أبو زيد"، **تحديد الأساس القانوني للمسؤوليّة عن مضار الجوار غير المألوفة**، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، 1403هـ_1983م

12_ عبد الحي حجازي، **مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ**، مجلّة العلوم القانونيّة

والاقتصاديّة، السنة الأولى، العدد 1، يناير 1959م.

13_ مالك جابر حميد الخزاعي، **إساءة استعمال الحق خطأٌ تقصيريّ يلزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه**، كليّة الحقوق، جامعة القادسيّة، العراق، مجلَّة بابل، العلوم الانسانيّة، العدد 6، المجلّد 17.

14_ **مجلّة الأحكام العدلية**، تحقيق نجيب هواويني، نشره: نور محمد كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، د: ت.

15_ محمّد عبد المالك، **استعمال حق تأديب الزوجة**، مجلّة الأمن، العدد 43، السنة 11، 1388هـ_1968م

16_ مصطفى "أبو بكر"، **الطبيعة القانونيّة لنظريّة التعسف في استعمال الحق** على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون 05_10، كليّة الحقوق، جامعة تيزي وزُّو، المجلّة النقديّة للقانون، 1431هـ_2011م.

17_ دعيج بطعي المطيري، مجلّة جامعة الشّارقة للعلوم الشّرعيّة والإنسانيّة، **رهن العقار رسميّاً**، الكويت، العدد 2، 1428هـ_2007م.

18_ شوقي بناسي، **التعسّف في استعمال الحق في ضوء المادّة 124 مكرّر**، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصادية والسياسيّة، 2009، العدد 04.

19_ سعد الحريسن، جريدة الرياض، 21 ربيع الآخر 1427هـ_11ماي 2006م، العدد: 13843.

20_ سميح جان سفيري، **دور التشريع المُقارن في مواجهة الشروط التعسفيّة**، المجلّة القانونيّة، 2001م، العدد 07.

الكتب القانونيّة

1_ إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائريّة**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، الطبعة: السابعة، د: ت.

2_ إبراهيم الدسوقي، **العقد غير اللّازم**، مطبعة الجامعة، الكويت، د: ط، 1994م.

أحمد النجدي زهو، **التعسف في استعمال الحق**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1411هـ_1991م،

3_ أحمد لعور ونبيل صقر، **القانون المدني نصّاً وتطبيقاً** طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07 _ 05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د: ط، د: ت.

4_ إدريس فاضلي، **الوجيز في النظريّة العامّة للالتزام**، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر، د: ط، 1427هـ_2007م.

5_ إسماعيل العمري، **الحق ونظريّة التعسُّف في استعمال الحق**، مطبعة الزهراء الحديثة، العراق، الطبعة: الأولى، 1405هـ_1984م.

6_ السيد محمّد عمران السيد، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد** – دراسة مقارنة – منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1405هـ _ 1986م.

7_ العربي بلحاج، **النظرية العامة في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونيّة**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، الطبعة الخامسة، 1429هـ_2008م.

8_ ـــــــــــ، **النظريّة العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، بن عكنون، الجزائر، د: ط، 1422هـ_2001م.

9_ ـــــــــــ، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د: ط، 1419هـ_1999م.

10_ ـــــــــــ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، د: ط، 1419هـ_1999م.

11_ العزيز كاظم، **جبر الضّرر المرتد وتعويضه في المسؤوليّة التقصيريّة** _دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة، الأردن، الطبعة: الأولى، 1419هـ_1998م.

12_ أمير فرج يوسف، **العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني**، المكتب الجامعي الحديث، مصر، د: ط، 1429هـ _ 2009م.

13_ الغوتي بن ملحة، **قواعد وطرائق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري**، الديوان الوطني للأشغال العموميّة، الجزائر، د: ط، 2001م.

14_ أنور سلطان، **الموجز في النظريّة العامّة للالتزام**، _مصادر الالتزام_ دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1425هـ_ 2005م.

15_ ـــــــــــ، **الموجز في مصادر الإلتزام**، دار المطبوعات الجامعيّة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1417هـ_1998م.

16_ أنور طلبة، **انحلال العقود**، دار الكتب القانونيّة، مصر، د: ط، 2005م.

17_ بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشّخصيّة**، دار النهضة العربيّة، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت.

18_ بلخيضر عبد الحفيظ، **الإنهاء التعسّفي لعقد العمل**، دار الحداثة، لبنان، ط: 1، 1988م.

19_ توفيق حسن فرج _ مصطفى الجمال، **مصادر الالتزام** _دراسة فقهيّة مقارنة_، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 14230هـ _2009م.

20_ توفيق حسن فرج، **المدخل للعلوم القانونيّة** -النظريّة العامّة للقانون والنّظريّة العامّة للحقّ-، الدار الجامعيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1409هـ_1988م.

21_ جلال علي العدوى ورمضان أبو السعود، **المدخل لدراسة القانون**، نظريّة الحق، منشأة المعارف، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1427هـ_1997م.

22_ جميل الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، نظرية الحق، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط،1387هـ_ 1966م.

23_ ________، **مبادئ القانون**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت.

24_ جميل فخري جانم، **مُتعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، دار حامد، الأردن، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م.

25_ حسن بن سليمة، **حسن النيّة في تنفيذ العقود**، المطابع الموحّدة، تونس، د: ط، 1993م.

26_ حسن عامر، **المسؤوليّة المدنيّة التقصيريّة والعقديّة**، مطبعة شركة مساهمة مصريّة، مصر، الطبعة: الأولى، 1376هـ_1956م.

27_ حسن عبد الباسط جمعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1415هـ_1996م.

28_ حسن علي الذنون، ومحمد سعد الرحو، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** – مصادر الالتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، 1422هـ_ 2002م.

29_ حسن علي الذنون، **النظريّة العامّة للفسخ**، مطبعة النّهضة، القاهرة، مصر، دون طبعة، دون تاريخ.

30_ حسن كيرة، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، الطبعة: الخامسة، 1394هـ_1974م.

31_ حميد بن شنتي، **مدخل لدراسة العلوم القانونيّة** (نظريّة الحق)، مطبعة حسناوي، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1429هـ_2008م.

32_ خليل أحمد حسن قدّادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 1430هـ_2010.

33_ ______________، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، مصادر الإلتزام، د: ط، 1414هـ_1994م.

34_ رشيد أبو السعود، **مصادر الالتزام في القانون المصري واللّبناني**، الدار الجامعيّة، لبنان، بيروت، د: ط، 1411هـ_1990م.

35_ رمضان "أبو السعود"، **النظريَّة العامّة للحق**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، د: ط، 1435هـ_2005م

36_ ـــــــــــــــ، **الوسيط في شرح القانون المدني**، النّظريّة العامّة للحق، الدار الجامعيّة للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت.

37_ ـــــــــــــــ، **الوجيز في الحقوق العينيّة الأصليّة أحكامها ومصادرها**، الدار الجامعيّة الجديدة، مصر، د: ط، 1423هـ_2003م.

38_ ريما فرج مكي، **تصحيح العقد** – دراسة مقارنة –، المؤسّسة الحديثيّة للكتاب، لبنان، الطبعة: الأولى ،1422هـ_ 2011م.

39_ زهدي يكن، **الملكيّة والحقوق العينيّة علما وعملاً**، منشورات المكتبة العصريّة، لبنان، د: ط، 1382هـ_1962م.

40_ زرارة عواطف، **التزامات الجوار في القانون المدني**، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د: ط، 1426هـ_2006م.

41_ سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان**، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، 1418هـ_1998م.

42_ سلمان بيات، **القضاء المدني العراقي**، د: ط، د: ت.

43_ سليمان الطماوي، **نظريّة التعسف في استعمال السلطة**، مطبعة جامعة عين الشَّمس، الطبعة: الثَّانية، 1403هـ_1983م،

44_ سليمان مرقص، **الوافي في شرح الالتزامات**، دار الكتب القانونيّة، مصر، الطبعة الثانيّة، 1413هـ_1992م، المجلّد الرابع.

45_ سمير عبد السيد تناغو، **مصادر الالتزام**، مكتبة الوفاء القانونيّة، مصر، د: ط، 1430هـ_ 2009م.

46_ شكري محمّد، **موجز الأحكام العامّة للالتزام في القانون المصري**، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1405هـ_1985م.

47_ شمس الدين الوكيل، **دروس في القانون**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1396هـ_1966م.

48_ ـــــــــــــ، **النظريّة العامّة للحق**، مطبعة: نهضة مصر، د: ط، د: ت.

49_ شوقي السيِّد، **التعسف في استعمال الحقّ** وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، مصر، د: ط، 1429هـ_2008م.

50_ صوفي أبو طالب، **تاريخ القانون المصري**، الطبعة: الثالثة، 1423هـ_2002م.

51_ عبد الباقي البكوي، **محاضرات في المسؤوليّة عن الأعمال الشّخصيّة غير المشروعة**، د: ط، 1397هـ_1977م..

52_ عبد الحليم القوني، **حسن النيّة وأثره في التصرّفات**، ديوان المطبوعات الجامعيّة، مصر، د: ط، 1988م.

53_ عبد الحي حجازي، **مذكّرات في نظريّة الحق**، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، د: ط، 1373هـ_1951م.

54_ عبد الرزّاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني** –نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د: ط، د: ت.

55_ عبد الحكيم فودة، **إنهاء القوّة المُلزمة للعقد**، دار المطبوعات الجامعيّة، مصر، 1993م.

56_ عبد المنعم البدراوي، **المدخل للعلوم القانونيّة**، دار النّهضة العربية، بيروت، لبنان، د: ط، 1417هـ_1996م.

57_ عبد المنعم إبراهيم، **حسن النيّة في العقود**، منشورات زين الحقوقيّة، لبنان، دون: طبعة، دون: تاريخ.

58_ عبد المنعم فرج الصدّة، **أصول القانون**، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د: ط، 1385هـ_1965م.

59_ ________________، **الحقوق العينيّة والأصليّة**، دار النهضة العربيّة، مصر، د: ط، د: ت.

60_ ________________، **نظريّة العقد في البلاد العربيّة**، دار النهضة العربيّة، لبنان، د: ط، 1394هـ _ 1974م.

61_ عبد الودود يحي، **المدخل لدراسة القانون**، القاهرة، مصر، دار النهضة العربيّة، د: ط، 1401هـ_ 1981م.

62_ علي حسين نجيدة، **المدخل لدراسة القانون نظريّة الحق**، دار الفكر العربي، د: ط، 1413هـ_1992م.

63_ علي علي سليمان، **النظريّة العامّة للالتزام** مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيّة، بن عكنون، الجزائر، الطبعة: الخامسة، 1423هـ_2003م

64_ علي فيلالي، الالتزامات، **العمل المستحق للتعويض**، دار موفم، الجزائر، د: ط، 1422هـ_2002م.

65_ عمر السيد أحمد عبد الله، **المدخل لدراسة العلوم القانونيّة**، النظريّة العامّة للحق، د: ط، د: ت 1434هـ_2004م.

66_ عمر محمّد عبد الباقي، **الحماية العقديّة للمُستهلك**، مُنْشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1424هـ_2004م.

67_ عصام أحمد البهجي، **أحكام عبء الإثبات**، دار الجامعة الجديدة، مصر، د: ط، 2007م.

68_ غنيّة كرّي، **نظريّة الالتزام**، دار قرطبة، المحمديّة، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1428هـ_2007م.

69_ فتحي عبد الرّحيم، محمّد عبد الرحمن شوقي، **النظريّة العامّة للحق**، منشأة المعارف، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ_2001م.

70_ مأمون الكزبري، **نظريّة التعسف في الملكيّة العقاريّة في التشريع المقارن**، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، د: ط، 1396هـ_1976م.

71_ محمد أحمد المعداوي، **المدخل للعلوم القانونيّة**، نظريّة الحق، كلّية الحقوق، جامعة بنها، مصر، د: ط، د: ت.

72_ محمّد السعيد رشدي، **التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، د: ط، د: ت.

73_ محمّد المصري وأحمد عابدين، **الفسخ والانفساخ والتفاسخ**، دار المطبوعات الجامعيّة، مصر، د: ط، 1988م.

74_ محمّد بودالي، **حماية المُستهلك في القانون المقارن** _دراسة مقارنة_، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، د: ط، 1426هـ_2006م.

75_ محمّد جعفور، **مدخل إلى العلوم القانونيّة** _الوجيز في نظريّة القانون_، دار هومة، الجزائر، د: ط،1424هـ – 2003م.

76_ محمّد حسن قاسم، **مبادئ القانون** _ الالتزامات_، دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ _ 2002م.

77_ محمّد حسين قاسم، **المدخل لدراسة القانون** (القاعدة القانونيّة – نظريّة الحق)، منشورات الحلبي الحقوقيّة، لبنان، د: ط، 1427هـ_2007م.

78_ محمّد حسنين، **نظريّة الحق بوجه عام**، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، د: ط، 1405هـ_ 1985م.

79_ محمّد حسين منصور، محمّد قاسم، **المدخل إلى القانون**، القاعدة القانونيّة، نظريّة الحق، الدار الجامعيّة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، د: ت.

80_ ـــــــــــــــ، **مصادر الالتزام** _ العقد والإرادة المنفردة _ الدار الجامعيّة، لبنان، د: ط، 1410هـ_2000م.

81_ محمّد سوار، **حق الملكيّة في ذاته في القانون المدني**، الكتاب الأوّل، دار الثقافة، عمان، الأردن، د: ط، 1417هـ_1997م.

82_ محمّد شتا "أبو سعد"، **التعويض القضائي والشّرط الجزائي والفوائد القانونيّة**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ _ 2001م.

83_ محمّد صبري السعدي، **النظريّة العامّة للالتزامات**، دراسة مقارنة في القوانين العربيّة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د: ط، 1433هـ_2003م.

84_ ________، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، الطبعة: الأولى، (1427هـ_1428هـ) - (2007م _ 2008م).

85_ ________، **شرح القانون المدني الجزائري** _النظريّة العامّة للالتزامات _(مصادر الالتزام _ التصرّف القانوني _ العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة: الأولى، 1424هـ_2004م.

86_ محمّد عبد الرحمن محمّد، **أصول القانون**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، الطبعة: الثانية، د: ت.

87_ محمّد عبد الرحمن، **النظريّة العامّة للحقّ**، منشأة المعارف، مصر، د: ط، 1426هـ_2005م.

88_ محمّد عبد الرحيم عنبر، **عقد المقاولة والتوكيلات التجاريّة**، القاهرة، مصر، الطبعة: الثانية، 1987م.

89_ محمّد كمال عبد العزيز، **الوجيز في نظريّة الحق**، مصر، مكتبة وهبة، د: ط، د: ت.

90_ محمدي فريدة زواوي، **المدخل للعلوم القانونيّة**، نظريّة الحق، طبع المؤسّسة الوطنيّة للفنون المطبعيّة، الرغاية، الجزائر، د: ط، 1428هـ_1998م.

91_ مرعي صعب، **البند الجزائي**، المؤسّسة الحديثيّة للكتاب، طرابلس، ليبيا، الطبعة: الأولى، 1427هـ-2006م.

92_ مصطفى العوجي، **القانون المدني** (العقد)، مؤسّسة بحسون، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ_1995م.

93_ مصطفى المتوليّ قنديل، **دور الطّرف في تسوية النزاعات العقديّة**، دار الجامعيّة الجديدة، الإسكندريّة، مصر، د: ط، 1426هـ_2005م.

94_ مصطفى عبد السيّد الجارحي، **فسخ العقد** _ دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي_، دار النهضة العربيّة، مصر، الطبعة: الأولى، 1409هـ_1988م.

95_ مصطفى محمّد الجمال، **نظام الملكيّة**، منشأة المعارف، الاسكندريّة، د: ط، د: ت.

96_ منصور أمجد، **النظريّة العامّة للالتزامات** -مصادر الالتزام -، دار الثقافة، عمان، الطبعة: السادسة، 1431هـ_2011م.

97_ منير قزمان، **التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء**، دار الفكر الجامعي، بيروت، لبنان، د: ط، 1422هـ-2002م.

98_ مهنّد وليد الحداد وخالد وليد الحدّاد، **المدخل لدراسة علم القانون** (نظريّة الدولة – نظريّة القانون – نظريّة الحق)، مؤسّسة الوراق، الأردن، الطبعة: الأولى، 1429هـ_ 2009م.

99_ مصطفي العوجي، **القانون المدني**، منشورات الحلبي الحقوقيّة، د: ط، د: ت.

100_ مصطفى الجارحي، **فسخ العقد**، دار النهضة العربيّة، مصر، الطبعة: الأولى، 1988م.

101_ نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينيّة والشّخصيّة**، منشأة المعارف، د: ط، د: ت.

102_ ـــــــــــــ، **المدخل إلى القانون**، نظريّة الحقّ، دار النهضة العربيّة، بيروت، لبنان، د: ط، 1416هـ_1995م.

103_ ـــــــــــــ، **المدخل إلى القانون**، نظريَّة الحق، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1440 هـ_ 2010م.

104_ نبيل إبراهيم سعد، محمّد حسين منصور، **أحكام الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندريّة، مصر، د: ط، 1422هـ _ 2002م.

105_ نبيل إبراهيم سعد، **الإثبات في المواد المدنيّة والتجاريّة**، دار الجامعة الجديدة، مصر، د: ط، 2008م.

106_ هلالي عبد الإله، **تجريم فكرة التعسف**، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1410هـ_ 1990م.

107_ وائل محمّد شحّاتة الخطيب، **القيود الواردة على حقّ الملكيّة** في ضوء أحكام محكمة النّقض، دار الألفي، مينا، 2003م.

108_ ياسين محمّد الجبوري، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** – مصادر الالتزامات –دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، د: ت.

109_ حسن القصاب، الحقوق العينيّة، جامعة القرويين، المغرب، 2014م/2015م.

الدروس والمحاضرات

1_ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، **شرح زاد المستقنع**، ج 232، ص4، رقم الجزء هو رقم الدرس، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net

2_ طارق إسماعيل، رابطة العلماء السوريين، جمادى الآخر 1434هـ/ مايو 2013م، موقع http// islamsyria com تُصُفِّح يوم 28 مارس 2018م.

الرّسائل الجامعيّة

1_ العربي مجيدي، **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة**، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر-1-، كليّة أصول الدين، الخروبة، 1422هـ _2002م.

2_ إيهاب علي محمّد عبد العزيز، **نظريّة التعسف في استعمال الحق في حقل الملكيّة**، رسالة ماجستير، جامعة الشّرق الأوسط، كليَّة الحقوق، (1432هـ_1433هـ) _ (2011م _2012م).

3_ بلحراوي سعاد، **نظريّة التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، رسالة ماجستير، كليَّة الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 1435هـ_2014م.

4_ جرعود الياقوت، **عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير في العقود والمسؤوليّة، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001م/2002م.

5_ حنان جستنييه، **أقسام العقود في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى 1418هـ_1998م.

6_ حمو حسينة، **انحلال العقد عن طريق الفسخ**، رسالة ماجستير، كليّة الحقوق، تيزي وزّو، الجزائر، 2011م.

7_ زرارة عواطف، **عدم التعسف في استعمال حق الملكيّة العقاريّة الخاصَّة**، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كليّة الحقوق، الجزائر، 1429هـ_2008م.

8_ سامي عدنان العجوري، **نظريّة العقد لدى الزرقا**، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزّة، فلسطين، 1434هـ_2013م.

9_ شرقي سعديّة، **التعسّف في استعمال حقّ الملكيّة**، رسالة ماستر، كليّة الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، 1433هـ_2013م.

10_ شودار أمينة، **أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، أطروحة دكتوراه، تخصّص: أصول الفقه، كليّة العلوم الإسلاميّة، جامعة الجزائر 01، 1432هـ _2011م.

11_ عبد الرحمان مجوبي، **التعسُّف في استعمال الحقّ وعلاقتُهُ بالمسؤوليّة المدنيّة**، مذكّرة ماجستير، جامعة الجزائر كلّية الحقوق، 1426هـ_2006م.

12_ عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، **التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية**، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف، الرياض، المملكة العربية السعوديّة، 1431هـ_ 2010م.

13_ محمود عبد الحميد طهمان، **أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلاميّة**، مذكّرة _ ماجستير، جامعة أم القُرى، مكّة المِكرّمة، المملكة العربية السعوديّة، 1411هـ_1981م.

14_ نايف محمّد العجمي، **الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 1422هـ_2001م.

15_ نجارى عبد الله، **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم القانونيّة، جامعة الجزائر، 1983م.

16_ فاطمة الزهراء تبوب، **السلطة التقديريّة للقاضي في مادّة الإثبات المدني**، مذكرة ماجستير، كليّة الحقوق، 1996م_1997م.

17_ وليد بن علي، **التصرّف القانوني**، مذكّرة ماجستير، العقود والمسؤوليّة، كليّة الحقوق، 2011م_2012م.

النصوص القانونية

1_ "الجريدة الرسميّة" قانون رقم 16_01 مؤرَّخ في 26 جمادى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، العدد 14، ص13، الجزائر.

2_القانون رقم 07 _ 05 المؤرّخ في 25 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 13 مايو سنة 2007 المعدّل والمتمم.

3_ الجريدة الرسميّة، الصادرة في 26 جوان 2005، العدد 44.

4_ الجريدة الرسميّة، عدد 60، المؤرّخة في 30 رجب عام 1426 الموافق لـ 4 سبتمبر 2005م.

5_ القانون الذي أصدر في 09 ديسمبر 1976، والذي يتعلّق بالشّروط العامّة للعقود، الذي دخل حيّز التنفيذ في 01 أفريل 1991م

6_ القانون رقم 05_12 مؤرّخ في 28 جمادى الثانية عام 1426، الموافق لـ 04 أوت 2005 يتعلّق بالمياه.

7_ القانون رقم 78_23 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسِلع والخدمات.

8_ القانون رقم 95 _ 96 الصادر في 01 فيفري 1995م، المتضمّن قانون الاستهلاك.

9_ القانون رقم: 04_02 في 23 حزيران 2004م الخاص بالقواعد المطبَّقة على الممارسات التجاريّة.

10_ المرسوم التنفيذي رقم 06_306 المؤرّخ في 10 سبتمبر 2006م.

11_ وزارة العدل الإماراتيّة، المذكّرة الإيضاحيّة لقانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، رقم 05، لسنة 1985م، المعدّل للقانون الاتحادي، رقم 01، لسنة 1987م.

12_ الأمر رقم 05_02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، المتضمّن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

الأحكام والقرارات القضائيّة

1_ الاجتهاد القضائي للغرفة العقاريّة، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الأبيار، الجزائر، 1423هـ _2004م.

2_ استئناف محكمة كولمار، دالوز، فرنسا، 02 مايو 1955م.

3_ استئناف محكمة ليون، فرنسا، 18 أفريل 1956م.

4_ استئناف محكمة مصر الوطنيّة، سنة1931م

5_ تمييز حقوق رقم (1997/1079)، محكمة التمييز الأردنيّة، 1997/07/13م.

6_ تمييز حقوق رقم (2010/2347)، محكمة التمييز الأردنيّة، هيئة خماسيّة، تاريخ 2010/06/15م.

7_ تمييز رقم 1978/68، مجلّة نقابة المحامين 1978م، سنة26، عدد12، 894.

8_ رقم القرار 306/صلاحية/1958 صدر القرار في 1958/02/24م.

9_ رقم القرار 362/توسعة أولى/1992م، تاريخ القرار 1992/09/15م القانون رقم (05 لسنة 1985م)، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلّد الثالث، القرارات الصادرة سنة 1965م.

10_ قرار المحكمة العليا الجزائريّة الغرفة الاجتماعيّة، قرار صادر بتاريخ 9 مارس 1999م.

11_ قرار المحكمة العليا رقم 55985 الصادر بتاريخ 1989/11/15م.

12_ المجلّة القضائيّة، الجزائر، 1413هـ_1992م، العدد الرّابع.

13_ المجلّة القضائيّة، المحكمة العليا، الأبيار، الجزائر ، 1415هـ_1995م، العدد:**01**

14_ مجلّة المحكمة العليا، الجزائر، 1426هـ_2006م، العدد الأوّل.

15_ المختار من محكمة التمييز، إبراهيم المشاهدي، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، 1999م.

المراجع الأجنبيّة

1_Alain Sériaux. **Droit Des Obligations**. 2 édition. Imprimerie Des Presses Universitaires De France. France 1998.

2_ B (STARK). R. Henri et B. Laurent. **Droit civil. Obligations. Tome Contrat**. 3éme édition. Paris. France. 1989. N 1527

3_Christian Lopayade Dechamps**. Droit Des Obligation**. Ellipes. Paris. 1998. P113.

4_ Dabin. **Le Droit. Subjectif**. 1952

5_ Dabin. **Une Nouvelle Difinition Du Droit Réel**. Rev. Dr. Civ. 1962.

6_ F, Derrida. **Répertoire civil**. Dalloz. SN Catalan Franjo De La Nature juridique Du Droit De Rétention. R T D, CIV. 1989.

7_François Terre. Philippe Simler. Yress Lequette. **Droit Civil. Les Obligation.** 7ème Edition. Dalloz. 1999.

8_ George Ripert. **La Règle Morale Dans Les Obligations Civiles**. Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence. Paris. France. 1935. P : 177

9_ J. Ghestin . G. Goubeoux. **Traité De Droit Civil**. Introduction Générale. L. G. D. J. 1977

10_ J. L. Aubert**. Introduction Au Droit. Et thèmes Fondamentaux Des Droit Civil**. Collection Armand_ Colin. 1984.

11_Jaque Ghestin. **Traite de droit civil. La formation du contrat.** 3ème Edition. L. G. D. J. Delta. 1993

12_Jaque Guestin. Christophe Jamin. More Billiau. **Traité De Droit Civil**. Les Offerts Du Contrat.L G D J.Paris. 2éme Ed. 1994

13_Jean charmont. **Revue Trimestriel De Droit Civil**. T2. 1902. Librairie De La Société Du Recueil Général Des Lois Et Des Arrêts. Ancienne Maison la Rose Et Forcel

14_ Kayser. **Les Droit De La Personnalité**. Aspects Théoriques Et Pratiques. Rev. Trim. Dr.Civ. 1971

15_ Louis jesserand. **Essai De Théologie Juridique ; L'esprit Des Droits Et Des Leurs Relativité. Théorie Dite De L'abus Des Droits**. Paris Librairie Dalloz. 1937

16_ M. Villey. **Les institutes De Gais Et L'idée Du Droit Subjectif.** Revue Historique. Du Droit. 1946

17_ Marcel Planiol Et Georges Ripert. **Traité Pratique De Droit Civil Français**. Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence. Paris. 1930

18_ Mazeaud Et Tunc, **Traité Théorique Et Pratique De La Responsabilité Civile**.

19_ Piene Guiho. George peyrard. **Droit civil_ Les Obligation**. Tomel. Le régime Général. L'armé. Paris. 3éme éd. 1992.

20_ Pierre Claude Le Fond, **L'exercice De Droit De Propriété Et Les Troubles De Voisinage**, La Revue Juridique Thémis, Editions Thémis Inc, Faculté De Droit, Université De Montréal, 1999

21_ Radmila, Kovacevic Kustrimovic, **Le Domaine De L'application Du Principe De L'interdiction De La Bus De Droit**, Faculté De Droit à Nice, 1995

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات:

ملخص البحث

ملخص البحث:

يعتبر الحقُّ من أهمّ المِنَحِ التي منحها الله سبحانه وتعالى لعباده، فيستأثر ويختصّ به كلّ من ثبت لصالحه، والحقوق من حيث ممارستها تمسّ عدّة جوانب من جوانب الحياة وتدخل حتّى في مجال المعاملات والتعاقدات، ولا يمكن لأيٍّ من هذه الحقوق أن تثبت لأحدٍ دونَ أن يكون لها سندٌ شرعي أو قانوني، يقرّرها ويثبت لمستعملها الحماية اللاّزمة من أجل ممارستها في أحسن الظروف وفي إطار الحدود المرسومة لها سيما في مجال التعاقدات.

ولقد درس الفقه الإسلامي كلّ ما يتعلّق بالحقوق والعقود دراسةً شاملةً ومستفيضة، ومن بين الفروع التي تطرّق إليها مسألة إساءة استعمال الحق، حيث تزخر كتب الفقه والأصول والمقاصد بالتطبيقات التي تُقرّر مبدأ منع إساءة استعمال الحق، وهذا ما يُعرف في الفقه القانوني بنظريّة التعسّف في استعمال الحق، وتختلف أصول ومعايير هذه النظريّة في الفقه الإسلامي عن أصولها وأسسها في الفقه القانوني.

وقد تطوّرت نظريّة التعسّف في استعمال الحق، وأصبحت تُطبّق على نِطاق واسع، ومن أجل دراسة هذه النظرية وبيان تطبيقاتها في فسخ العقود، قسّمت بحثي إلى: مقدّمة، فصل تمهيدي، بابين، وخاتمة: ففي **الفصل التمهيدي**: تناولت الإطار المفاهيمي للتعسّف في استعمال الحق، وقمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: مبحث أوّل: تطرّقت لمفهوم الحقّ وأقسامه. وتناولت في المبحث الثاني مفهوم التعسّف وعلاقته باستعمال الحق.

أمّا **الباب الأوّل** الذي عنوانه نظريّة التعسّف في استعمال الحق، فقد قسمته إلى فصلين: الأوّل عرضت فيه نظريّة التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وقمت بتقسيمه إلى مبحثين، الأوّل في أسس النظريّة في الفقه الإسلامي، والثاني خصّصته لتطبيقات النظريّة في الفقه الإسلامي، أمّا الفصل الثاني من هذا الباب فتناولت فيه نظريّة التعسّف في استعمال

الحق في القانون الوضعي، وقمت بتقسيمه لمبحثين، خصّصت المبحث الأوّل لأصول النظريّة وأسسها في القانون الوضعي، أمّا المبحث الثاني فتحدّثت فيه عن تطبيقات النظريّة في القانون الوضعي.

و**الباب الثاني** من الأطروحة خصّصته لموضوع التعسّف في استعمال حقّ الفسخ وتطبيقاته في فسخ العقود، حيث قسّمته إلى فصلين: الأوّل تكلّمت فيه عن أثر التعسّف في استعمال الحق على الإرادة العقديّة، في مبحثين: الأوّل فيه بيانٌ لمفهوم العقد وتقسيماته، والثاني: عالجت فيه أثر التعسّف على الإرادة المُنْشئة للعقد. أمّا الفصل الثاني: فخصّصته لأثر التعسّف في استعمال حق الفسخ على العقود، وذلك من خلال مبحثان: الأوّل تناولت فيه ماهية الفسخ وعلاقته بالعقد. والمبحث الثاني تكلّمت فيه عن تطبيقات التعسّف في استعمال حقّ الفسخ على العقود.

وختمت البحث بمجموعة من النتائج التي توصّلت إليها من خلال هذا البحث، مع ذكر بعض التوصيات المتعلّقة بموضوع **نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ وتطبيقاتها في فسخ العقود**.

Research summary

The right is considered one of the main gifts that god (Allah) provide (give) to his slaves (people) ,he gives to any one that deserve it .These rights and their use (practice) touch many aspects(sides) in our life, it concerns even the aspect of relationships and contracts (deals) .These rights are not for anyone without a support from law or religious legality that confirm to its user a total protection so as these rights are practiced in better conditions in the right borders (limits) ,especially those rights related to the field of contracts .

Jurisprudence had studied everything that is related to the rights and contracts deeply and well detailed. Among the branches that this study deals with is the question of misusing the right, so many books of jurisprudence and purposes in practice are so rich that declares the principal of prohibiting the misuse of rights, and this is what is known in jurisprudence law the abuse theory in using rights. The standards and origins of this theory differ in Islamic jurisprudence than those of the legislative law (suggested by people).

Research summary

The abuse theory in using rights developed and it is in practice largely, in this memorandum we have a clear definition to this abuse theory. A study to its origins, its basis and its standards in both Islamic jurisprudence and law in general and in the Algerian law specially. Also, it deals with practicing this theory in some civil contracts. And I finished its application to the dissolution (termination) of contracts.

In order to study this theory, and the statement of their application in the dissolution of contra, I have divided my research into: an introduction, an introductory section, two chapters and a conclusion.

In the introductory section (part) Ideal with definition (the term) abuse in using rights, I divided this section into two themes.

The first theme I dealt with the definition of the right and its branches. In the second, them I dealt with the definition of abuse and its relation with rights use.

Concerning the first chapter Untitled the abuse theory when using right, I divide it into two sections, the first, I expose the abuse theory in using right in Islamic

jurisprudence, I divide it into two themes, the first deals with the basis (principals) in Islamic jurisprudence, the second I specify it to its practice in Islamic jurisprudence, the second theme is this chapter deals with abuse theory in using right in legislative law (law suggested by people) I also divide it into two themes. The first is about the basis (origins) of this theory and its principal in legislative law, while the second theme I tallied about practicing this theory in legislative law.

The second chapter from this memorandum, I will show the abuse in using right of annulment and its applications in contracts. I divide it into two sections: the first I tallied about the consequences of abuse when using rights in contract will, in two other themes. The first deals with contract definition and its divisions. The second theme I dealt with the consequences of abuse in contract will.

The second section was devoted to the effect of arbitrariness in the use of the right of annulment of contracts through two sections I dealt with the nature of the annulment and its relationship to the contract and the

article, which spoke about the applications of abuse of the right to annul contract.

I finished my research with a set of results that I achieved from it, by giving some advice and recommendations related to this topic: **The abuse theory in using right and its applications in the dissolution of contracts _Comparative study in the Islamic jurisprudence and Algerian civil law**.

University of Algiers –1– ben Yousef ben khada

Faculty of Islamic sciences

Department of religions and laws

The abuse theory in using right and its applications in the dissolution of contracts

Comparative study in the Islamic jurisprudence and Algerian civil law

A thesis presented to obtain Doctora degree in Islamic sciences

Specialization: Contracts and responsibility in sharia and laws

Presented by: Bettayeb Abd El Madjid

Supervised by: D. Ghania kerri

University year 2017–2018 ,ad–1438h–1439h

University of Algiers -1- ben Yousef ben khada

Faculty of Islamic sciences

Department of religions and laws

The abuse theory in using right and its applications in the dissolution of contracts

Comparative study in the Islamic jurisprudence and Algerian civil law

A thesis presented to obtain Doctora degree in Islamic sciences

Specialization: sharia and laws

Presented by: Bettayeb Abd El Madjid

Supervised by: D. Ghania kerri

Noun	Grade	University	Character
Slimane Ould Khesal	Professor	Alger -1-	Chairman
Ghania Kerri	Professor	Alger -1-	Supervisor
Abd El Wahab	Professor	Alger -1-	Member
Jilali Achir	Professor	Khemis Miliana	Member
Fatma Bettayeb	Professor	Alger -1-	Member
Laila Hadoum	Professor	Alger -1-	Member

University year 2017-2018 ,ad-1438h-1439h